2

COLECCIÓN DE INVESTIGACIONES EN DERECHO

# Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial

Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID)





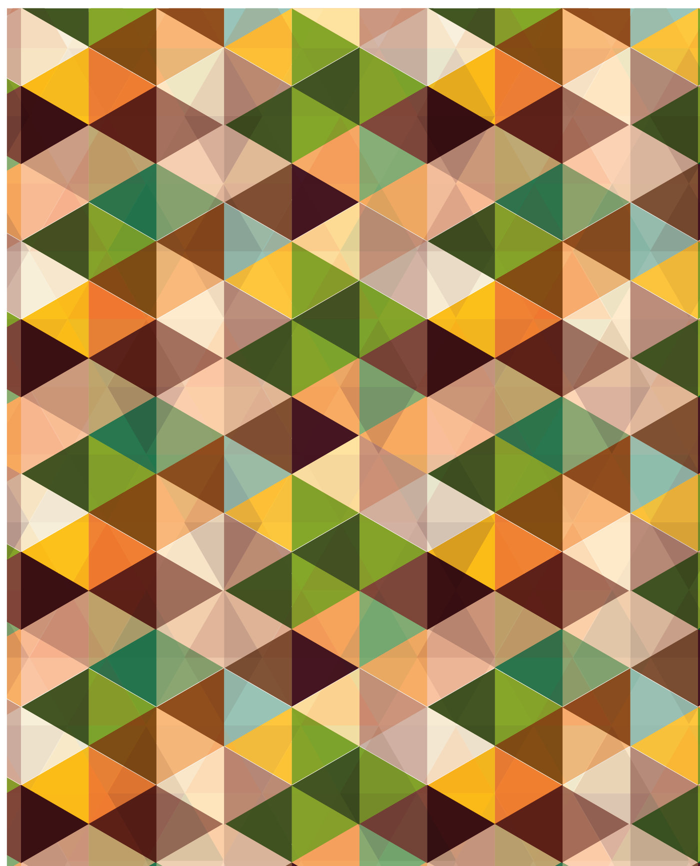

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA LASALLISTA

Lleva el conocimiento por siempre

2

COLECCIÓN DE INVESTIGACIONES EN DERECHO

# Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial



Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID)






345.05
U58

Universidad Pontificia Bolivariana. Escuela de Ciencias Políticas
y Derecho. Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones
en Derecho (GRID)
Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial /
Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) UPB –. Medellín:
Universidad Pontificia Bolivariana, 2014.
340 p., 17 x 24 cm. (Colección de Investigaciones en Derecho, No. 2)
ISBN: 978-958-764-208-7 (versión digital)

1. Derecho procesal – 2. Derecho penal – 3. Pruebas judiciales –
4. Consenso (Derecho) – 5. Conciliación (Derecho) – I. Tit. (Serie)



**Colección de Investigaciones en Derecho No.2**

**Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial**
ISBN: 978-958-764-208-7 (versión digital)
Primera edición, 2014
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



**Dirección editorial:**
Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2014
Email: editorial@upb.edu.co
www.upb.edu.co
Telefax: (57)(4) 354 4565
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

**Radicado:** 1265-25-08-14



# Tabla de contenido

# Presentación

*Adriana María Ruiz Gutiérrez*
*(Grupo de Investigaciones en Derecho, UPB)*

En *La estructura de las revoluciones científicas (The structure of scientific revolutions*, 1962), Thomas Kuhn introdujo por primera vez el término *paradigma* para explicar el progreso del pensamiento científico. Su investigación se ocupa de revisar las diferencias entre las distintas comunidades de investigadores en sus modos de entender la ciencia y su evolución. Khun observó en sus estudios que los científicos sociales, a diferencia de los científicos naturales, presentaban un número más amplio y complejo de desacuerdos respecto a la noción, problemas, prácticas y métodos legítimos de la ciencia. Para Khun esto no significaba, sin embargo, que los investigadores de las ciencias naturales poseyeran mejores y más sólidas respuestas a las cuestiones científicas que los investigadores de las ciencias sociales, puesto que se trataba únicamente de la mayor o menor aceptación de los paradigmas entre los investigadores. Esta observación constituye, pues, el punto de partida de su investigación, en la cual descubre que las diferencias entre las comunidades científicas son identificables a partir de la función que en ellas desempeña el término de paradigma. Según Kuhn, los paradigmas constituyen *logros* en la investigación científica universalmente aceptados por una comunidad de investigadores que durante algún tiempo los utilizan como modelos de problemas y de soluciones tipo.  El uso de los paradigmas en la definición y la comprensión del campo jurídico no es, sin embargo, novedosa. El derecho en general, y el derecho procesal en particular, ha tenido que vérselas con distintos

modelos o figuras cuya fuerza e intensidad explicativa nos permiten reconocer, además de los grandes paradigmas del pensamiento jurídico en sus distintas tradiciones naturalistas, positivistas, realistas, críticas, numerosos problemas relacionados con el saber, la justicia, la ley, el poder, el sujeto, el Estado, la sociedad, entre otros.

En este volumen nos hemos propuesto revisar distintos modelos de comprensión, aludiendo, particularmente, a la *verdad*, la *prueba* y el *consenso* en el derecho procesal. Dichos paradigmas nos permiten, al mismo tiempo, reactualizar los temas de estudio, así como sus fuentes y sus efectos en el saber jurídico respecto la sociedad, además de otros tipos de investigación cada vez más fecundos para el pensamiento. Las investigaciones de este número constituyen aquí un modelo que puede servirnos para ilustrar el modo en que el uso y el contenido de otros paradigmas pueden abrir nuevas reflexiones a quien intente entender el Derecho Procesal en toda su complejidad, esto es, a partir de sus dilemas, enigmas, antinomias, anomalías y crisis, los cuales han de procurarnos insumos importantes para el saber jurídico y, en consecuencia, nuevas opciones para resolver nuestros problemas procesales. Estos modelos teóricos deben servirnos, además, como fuentes de orientación y fundamentación de nuestros procesos de enseñanza e investigación jurídicas, en tanto contienen problemas, reflexiones y conceptos interpretados a la luz de las crisis e incertidumbres de nuestra época. En su trabajo sobre el proceso de investigación científica y, además, pedagógico de la ciencia, Tomas Kuhn advierte, justamente, como en los programadas de estudio, comúnmente, se restringe el acceso a otra literatura más novedosa, revolucionaria o creativa, ya que los miembros de las distintas comunidades de saberes desean conservar la tradición de sus paradigmas. Así que el estudiante se encuentra únicamente equipado para el trabajo de la ciencia normal, esto es, para la resolución de rompecabezas dentro de la tradición que define su libro de texto. De esta manera, los procesos de educación e investigación se tornan completamente rígidos y estrechos en sus ideas y prácticas, de lo cual se deriva su incapacidad para responder efectivamente a los problemas y las transformaciones socio-políticas. Según Kuhn, "*la formación científica no está diseñada para producir personas que descubran fácilmente un nuevo modo de enfocar las cosas*" (2006, p. 288). De forma similar, Edgar Morin en su texto sobre *Los siete saberes para la educación del futuro* (2000, p. 26) advierte que no puede existir ningún conocimiento verdadero: "*nuestros sistemas de ideas —teorías, doctrinas, ideologías— no sólo están sujetos al error sino que también protegen los errores e ilusiones que están inscritos en ellos*". En este sentido, habrá que rechazar aquel sistema de ideas que se pretenda unívoco y totalizante. El pensamiento es el resultado de un diálogo entre complejas maneras de ver el mundo, la mayor de las veces, saturado de malentendidos, escisiones, fracturas, incertidumbres, errores, pero también de descubrimientos, posibilidades, esperanzas siempre por venir.

En este sentido, para nosotros es un gusto presentarles esta composición académica, cuyo propósito radica en una publicación científica producto del asocio entre distintas Universidades. La primera versión de esta alianza cuenta con distintos trabajos académicos referidos al problema de la verdad en el proceso judicial, los cuales fueron presentados en el *I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial,* el cual se realizó durante los días 16 y 17 del año 2014 en el Aula Magna de la Universidad Pontificia Bolivariana. Este evento se desarrolló en conjunto con distintas instituciones, a saber: Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín, Universidad Eafit, Red Interinstitucional de Derecho Procesal, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Corporación Universitaria Lasallista, Universidad Autónoma Latinoamericana, Universidad Católica de Oriente, Universidad Santo Tomás Medellín, Universidad Cooperativa de Colombia, Corporación Universitaria Las Américas. Los contenidos de esta versión cuentan con la participación de reconocidos docentes e investigadores nacionales y extranjeros: Susan Haack (Universidad de Miami-Estados Unidos), Linda S. Mullenix (Universidad de Texas-Estados Unidos), Michele Taruffo (Università di Pavia-Italia), Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario-Argentina), Juan Igartua Salaverria, (Universidad del País Vasco-España), Alejandro Abal Oliú (Universidad de la República y del Centro Latinoamericano de Economía Humana-Uruguay), Gabriel Jaime Salazar (Universidad Pontificia Bolivariana & Universidad Autónoma Latinoamericana- Colombia) Ricardo Molina López, Luis Felipe Vivares (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia), Luis Bernardo Ruiz, Yeison Manco (Universidad de Antioquia-Colombia).

## Referencias

Khun, T. (2006). *Estructura de las revoluciones científicas*. México, México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Morin, E. (2000). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro.* Bogotá: Colombia: Ministerio de Educación Nacional.

# I

# Derecho procesal y verdad



# Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way[1]

*Susan Haack*[2]
*University of Miami*
*United States*

*...the man of mere theory is in the practical sphere an useless and dangerous pedant.*
*–F. H. Bradley*[3]

It's a little unexpected; but perhaps I shouldn't be too surprised to find my self called upon to play the role of jurisprude. I did, after all, once publish an essay entitled "Confessions of an Old-Fashioned Prig"[4] –an essay in which I tried to articulate why it matters whether you care about the truth, and what has gone wrong in the thinking of

1 Initially published in *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 49, pp. 43-61, 2004. © Susan Haack.

2 The author thanks Giovanni Tuzet for helpful correspondence, and Mark Migotti for very helpful comments on a draft -and for thinking up the title (however, she notes that the subtitle is All Her Own Work).

3 F. H. Bradley, *Ethical Studies* (London: Henry S. King and Co., 1876), 204.

4 Susan Haack, "Confessions of an Old-Fashioned Prig," in Haack, *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays* (Chicago: University of Chicago Press, 1998), 7-30.

those, like Richard Rorty, who profess to believe that truth is "entirely a matter of solidarity,"[5] that the supposed ideal of concern for truth is a kind of superstition, and that standards of better and worse evidence are nothing but local, parochial conventions. And all this had a quite direct bearing on my present topic; for if Rorty & Co. were right, we would surely stand in need of the most urgent and radical revision not only of our legal thinking, but of our legal system itself.

Jeremy Bentham's powerful metaphor of "Injustice, and her handmaid Falsehood" reminds us,[6] if we need reminding, that justice requires not only just laws, and just administration of those laws, but also factual truth– objective factual truth; and that in consequence the very possibility of a just legal system requires that there be objective indications of truth, i.e., objective standards of better or worse evidence. *Any* case would illustrate the point, but the case of Kerry Kotler is especially vivid: in 1992, after serving eleven years of a twenty-five-to-fifty year sentence for rape, Kotler was released from prison when DNA evidence established that he was not the perpetrator; less than three years later, he was charged with another rape, and again convicted -this time on DNA evidence.[7] But unless there were an objective fact of the matter about which rape, or rapes, Kotler committed, and unless DNA evidence were objectively more truth-indicative than eyewitness testimony, etc., this would be, not justice, but a ghastly farce. Not to labor the point: the law is up to its neck in epistemology.

When Bentham published his *Rationale of Judicial Evidence* in 1827 the theory of evidence was, as he observed, largely unexplored and uncharted. By now, the territory is much traveled by legal scholars, and even visited by the occasional venturesome philosophical tourist. I can't hope to offer anything to rival the map Bentham himself drew, either in scope or in detail; nor can I aspire to a scholarly treatment of his remarkable treatise, let alone of the subsequent literature. My plan is, rather, to sketch some epistemological themes of mine, and explore their bearing on two familiar, radical epistemological criticisms of our legal system: (i) that an adversarial system is an epistemologically poor way of determining the truth; and (ii) that exclusionary rules of evidence are

5 Richard Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 32.

6 Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (London: Hunt and Clarke, 1827; New York: Garland, 1978), vol. I, 22.

7 Edward Connors, Thomas Lundgren, Neal Miller, and Tom McEwen, *Convicted by Juries, Exonerated by Science* (Department of Justice: NIJ Research Report, June 1996), 61-64. The victim in the earlier crime had identified Kotler both in a photo array and in a line-up. Ibid.

epistemologically undesirable. Neither criticism, I shall argue, is decisive; both, however, throw harsh light on disturbing aspects of the way our adversarial system functions in practice.

The task I have set myself requires coming to terms with the inevitable tensions between philosophical and legal thinking -epistemology being the part of philosophy to which it falls to articulate what evidence is and what makes it better or worse, the law of evidence being, rather, a mesh of practices, procedures, and rules regulating the legal handling of evidence. Epistemology, like philosophy generally, is essentially universal, the law of evidence, like the law generally, varies from place to place and from time to time. Moreover, my task requires thinking about "the law(s) of evidence" in the broadest sense: i.e., not only about legal rules of admissibility and exclusion of evidence, burdens and standards of proof, and so forth, but also about the procedures and practices that structure legal efforts to determine the truth.[8] Additionally, the task requires discriminating those questions about the law of evidence that epistemology can reasonably be expected to illuminate, and those which, because they involve value judgments of other kinds, are beyond the reach of purely epistemological argument. On top of which, it requires an epistemology that is -well, *true*; for mistaken epistemology can only obscure, and not illuminate, legal issues. I will do what I can.

## I. Epistemology: Evidence, inquiry, advocacy

Inquiry is something just about everyone engages in just about every day, when they want to know the source of a bad smell, the cause of a delayed flight, or whatever; and it is the professional occupation of scientists, historians, detectives, investigative journalists, of legal and literary scholars, and of philosophers, among others. Unlike such other human activities as cooking dinner, composing a symphony, dancing, debating, or pleading a case before the Supreme Court, inquiry is an attempt to discover the truth of some question or questions. To understand this, no elaborately articulated theory of truth is needed; it is sufficient that the concept of truth satisfy the Aristotelian Insight, that "to say of what is not that it is not, or of what is that it is, is true" -that a proposition be true just in case things are as it says. Someone who is trying to find out whether the butler did it, for example, wants to end up believing that

8 On broader and narrower conceptions of the law of evidence, see William Twining, "What Is the Law of Evidence?" in Twining, *Rethinking Evidence* (Oxford: Blackwell, 1990), 178-218.

the butler did it if the butler did it, that the butler didn't do it if the butler didn't do it; and that it's more complicated than that if it's more complicated than that.

Inquiry involves, first, being struck by a question. If the answer is to be found by means of some familiar routine, you just do what is needed (look up the number in the phone book, or whatever). If the answer is not so easily found, however, the next step is to make a conjecture which, if true, would answer the question at issue; figure out its consequences; check out how well those consequences stand up to any evidence you already have and any further evidence you can lay your hands on; and then use your judgment whether to stick with your conjecture, modify it, abandon it and start again -or suspend judgment until more evidence comes along. Inquiry is better conducted the more insightful, imaginative, and informed the conjectures, the more rigorous the reasoning, the more thorough the search for evidence, and the more scrupulously honest and (as we say) judicious the weighing of evidence. Strictly speaking, in fact, if you are trying to find evidence to support a foregone conclusion rather than following the evidence where it leads, you aren't really inquiring; which is why, when the government or our university institutes an Official Inquiry into this or that, some of us reach for our scare quotes.

An inquirer's business is to discover the true answer to his question; so his obligation is to seek out what evidence he can and assess it as fairly as possible. An advocate's business is to make the strongest possible case that this his side's-answer is the true one; so he will be most effective if he selects and emphasizes whatever evidence favors the proposition in question, and ignores or plays down the rest. So, again strictly speaking, "disinterested inquirer" is a kind of pleonasm, and "biased inquirer" an oxymoron. But in real life, obviously, it's a lot messier. Probably nobody is of rock-solid, across-the-board intellectual integrity, and even the most honest inquirers have their prejudices and blind spots; so the distinction between inquiry and advocacy can get blurry.

The concepts of inquiry and of evidence are intimately intertwined. The evidence with respect to factual, empirical claims is a complex mesh in which experiential evidence, i.e., the evidence of the senses, and reasons, i.e., background beliefs, work together like the clues and ramifying intersecting entries in a crossword puzzle. How reasonable a crossword entry is depends on how well it is supported by the clue and any completed intersecting entries; on how reasonable those other entries are, independent of the entry in question; and on how much of the crossword has been completed. Similarly, how well a factual claim is warranted by evidence depends on how well it is sup ported by experiential evidence and background beliefs; on how secure those background beliefs are,

independent of the claim in question; and on how much of the relevant evidence the evidence includes. Relevance is not a matter of logic, but depends on matters of fact. Por example: though someone who believes that character can be determined by handwriting may *think* that this job applicant's looping her *g's* is relevant to whether she is trustworthy, whether it *is* relevant depends on whether handwriting actually does indicate character.

How supportive evidence is of a claim depends on how well it anchors the claim in experience, and how well it integrates it into an explanatory account; i.e., on how good the circumstances of any relevant observations were, and how well the claim in question fits into an explanatory story with the other relevant facts presumed known. But supportiveness alone is not enough; the warrant of a claim also depends on how warranted the reasons that support it are, independent of the claim itself. This involves no vicious circle, for eventually we arrive at sensory evidence, which neither has nor stands in need of warrant; and nor does it leave the whole mesh of evidence dangling in mid-air, for sensory evidence anchors it in the world. Even supportiveness and independent security together are not enough; the warrant of a claim also depends on how much of the relevant evidence the evidence includes -for however supportive and secure the evidence is, it won't give strong warrant to the claim in question if it omits some essential facts. It is because comprehensiveness is one determinant of quality of evidence that thorough inquiry requires not only sifting and weighing the available evidence, but also, when necessary, seeking out additional evidence (which reminds me to remind you of the two meanings of "partial": "biased" and "incomplete").

Even working on some question alone, without benefit of collaborators or rivals, involves a kind of dialogue with yourself: trying out a conjecture, imagining possible objections, working out possible responses -or simply looking over what you typed yesterday and wondering "what *was I* thinking?" But life is short; and rather than seeking out evidence for ourselves, firsthand, most of the time we depend on what others tell us. I rely on an airline representative's answer to a question about plane schedules; a historian relies on a colleague's authentication of a document; astronomers rely on observations made by another team in another hemisphere, or on observations made in China a millennium ago. Often enough we interpret what others say, and take their competence and honesty for granted, without giving the matter serious thought; but sometimes we have to struggle to understand what others say or write, and sometimes we suspect they may be confused or misinformed, or have reason to deceive us. And even when evidence -sharing seems effortless, it depends implicitly on the grounds each inquirer has for justified confidence in others' competence and honesty.

Both cooperation and competition can advance inquiry. Cooperation can enable productive division of labor and the pooling of evidential resources; competition can be a powerful incentive to intellectual effort, and to honesty. And of course the engagement of many people, whether cooperatively or competitively, extends the time available for seeking out and scrutinizing evidence. Indeed, one strength of natural-scientific inquiry is precisely that (even though research projects are doubtless sometimes hurried or cut short because a grant is running out, a publication deadline must be met, etc.) a question can be pursued by generation after generation of scientific workers until a solution is finally reached. Unfortunately, however, both cooperation and competition can turn sour and counterproductive. Cooperation may be real mutual help; but it can turn into mere mutual support and boosterism. Competition may be honest mutual criticism or honest rivalry for priority; but it can breed mere rhetoric and counter-rhetoric, posturing and counter-posturing. And at its worst, competition gone sour can even lead to the misrepresentation, distortion, or concealment of evidence.

We describe disagreements among proponents of rival scientific theories or historical claims as "debates"; and participants in such controversies sometimes engage in something that looks a lot like advocacy. Moreover, eloquence and appeals to authority sometimes produce an artificial consensus, at least temporarily. But disagreements among inquirers, unlike debates between rival advocates, cannot be decided by a vote on the basis of rival presentations; they will settle on a conclusion only if and when the evidence brings the community of inquirers to a genuine, unforced consensus.

When we need the answer to some question in a hurry, we may be obliged to curtail our search for further evidence, as well as our scrutiny of the evidence already in hand-as we may choose to do when the question doesn't seem important enough to warrant the time and trouble a thorough search or scrutiny would take, or when an answer already seems well-enough warranted that additional effort is a waste of time. And we are often faced with urgent practical problems-a medical emergency, say, when a decision about treatment must be made at once, and can't wait for new evidence to settle disagreement in the field; or an intelligence emergency, where some action must be taken now, on information known to be incomplete. In such circumstances, we have no choice but to decide what to do on the basis of whatever evidence we have-if we're wise, taking what backup precautions we can against the possibility that the evidence in hand is misleading. All this has a quite direct bearing on legal determinations of truth.[9]

9 I have drawn in this section on the following earlier work of mine: Susan Haack, *Evidence and lnquiry: Towards Reconstruction* in *Epistemology* (Oxford: Blackwell, 1993), especially chapter 4;

## II. Legalizing it all

But as we leave the epistemological high ground for the legal bramble-patch, we encounter a dense tangle of questions.

For example: To what extent do legal and epistemological conceptions of evidence coincide, and how, where, and why do they diverge? They coincide only partially, for the law focuses on evidence that can be produced in court: i.e., on testimony, and sometimes on physical things -photographs, weapons, etc.- which would more likely be classified by an epistemologist as the objects of sensory evidence. What could epistemology tell us about such legal notions as proof beyond a reasonable doubt, the weight of evidence, the preponderance of evidence? My epistemology, at any rate, has a good deal to say about what makes evidence better or worse and a claim more or less warranted, but relatively little about the grades of proof that are of peculiar legal concern; which -if Richard Posner's report that judges' estimates of what degree of probability represents "beyond a reasonable doubt" range from 75% to 95% is anything to go by[10]- seem to be disturbingly vague. What could epistemology contribute to the debate between "fact-based" and "story-based" approaches in the "New Evidence Scholarship"?[11] I call my approach "foundherentist" because it combines the plausible elements of foundationalism (in virtue of giving an appropriate role to experience) and of coherentism (in virtue of also giving an appropriate role to mutual support among beliefs). Though the vocabulary is different, the ideas are essentially similar: the "fact-based" approach is foundationalist in structure and spirit, the "story-based" approach coherentist; and foundherentism shows that we can combine the strengths, and avoid the weaknesses, of both theories.

But these questions are relatively small potatoes compared to the radical epistemological criticisms of adversarialism, and of exclusionary rules of evidence, mentioned earlier. Wisely or not, I am going to see if I can handle these not-so-small-and probably uncomfortably hot -epistemologico-legal potatoes.

"Confessions of an Old-Fashioned Prig," supra, note 2; "The Same, Only Different, "*Internationale Zeitschrift für Philosophie,* 2002.1 (2002) 18-22; *Defending Science Within Reason: Between Scientism and Cynicism* (Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 2003), especially chapter 3.

10 Richard Posner, *Frontiers* in *Legal Theory* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001), 367.

11 See Richard Lempert, "The New Evidence Scholarship," in *Probability and the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism,* eds. Peter Tillers and Eric D. Green (Dordrecht, the Netherlands: Kluwer, 1988), 61-102.

# III. The epistemological critique of adversarialism

"Some persons fancy that bias and counter-bias are favorable to the extraction of truth-that hot and partisan debate is the way to investigate. This is the theory of our atrocious legal procedure. But Logic puts its heel upon this suggestion"; thus C. S. Peirce, the greatest of American philosophers, in a discussion of the methods of inquiry.[12] Almost a century later, Judge Marvin Frankel writes: "We proclaim to each other and to the world that the clash of adversaries is a powerful means for hammering out the truth.... [But d]espite our untested statements of self-congratulation, we know that others searching after facts -in history, geography, medicine, whatever- do not emulate our adversarial system."[13]

As I have stressed, inquiry is a very different enterprise from advocacy. Moreover, Peirce was right to warn that when "it is no longer the reasoning which determines what the conclusion shall be, but the conclusion which determines what the reasoning shall be," the inevitable result will be "a rapid deterioration of intellectual vigor": "man loses his conception of truth and of reason," and comes to think of reasoning as "merely decorative," until "the truth for him is that for which he fights."[14] To allow a clash of "bias and counter-bias" to replace a search for and scrutiny of evidence in the sciences, history, etc., really would be, as Peirce insisted, a recipe for disaster (a disaster that presently constitutes a real threat to our academic, indeed our intellectual, culture). However, Peirce's assumption that the theory of our legal procedure is that allowing rival advocates to have at it is a good way to inquire is, to say the least, a considerable over-simplification.

First, a legal system isn't exactly, as science is, a kind of inquiry; it is better described as a set of rules and machinery for resolving disputes and making it possible for people to live together in some kind of order. Not that inquiry is irrelevant to the law; but the reason it is relevant is that we want, not simply resolutions, but *just* resolutions. And legal inquiry operates under a kind of time constraint not relevant to physics, history, etc.; for, with good reason,

12 Charles Sanders Peirce, *Collected Papers,* eds. Charles Hartshorne, Paul Weiss, and Arthur Burks (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1931-58), 2.635. References are by volume and paragraph number; the passage is dated 1878.

13 Marvin F. Frankel, "The Search for Truth: An Umpireal View," *University of Pennsylvania Law Review* 123.5 (May 1975) 1031-59, 1036.

14 Peirce, *Collected Papers,* supra, note 10, 1.57-.58 (c. 1896).

the law seeks, in the words of Justice Blackmun, "quick, final and binding ... judgments"[15] -the desideratum of promptness imposing time constraints at one end of the process, and the desideratum of finality-and-bindingness at the other.

Second, our adversarial system isn't advocacy all the way down; a trial is only one stage of the process, after the investigations of the police, the FBI, the attorneys for each side and their investigators, after an indictment, and so on. Although in a sense (as the Supreme Court averred in a 1966 ruling) "[t]he basic purpose of a trial is the determination of truth,"[16] a trial is quite unlike a scientific or historical investigation. Rather, it is a late stage[17] of a whole process in which a decision is made as to a defendant's guilt or liability, the stage at which the finder of fact sifts through the evidence presented by the advocates for each side and assesses whether it establishes guilt or liability to the required degree of proof. Moreover, legal determinations are constrained not only by the desire to arrive at factually correct verdicts, but also by other, non-truth-related desiderata: that citizens' constitutional rights must be respected; that it is much worse to convict an innocent man than to acquit a guilty one; and so on.

So the question is *not,* as Peirce apparently took for granted, whether "hot and partisan debate is the way to investigate"; rather, it is whether an adversarial trial conducted in accordance with the rules of evidence, in combination with pre-trial investigation itself undertaken in the knowledge that the trial will be conducted in this way and subject to these rules, and given the concern for promptness and finality as well as constitutional constraints and other non epistemological desiderata, is a tolerably good way of arriving at verdicts that often enough find guilty defendants guilty and innocent defendants not guilty, and find for the plaintiff if and only if the defendant is liable.

Obviously it is not within the competence of epistemology alone to tell us what weight to give considerations about efficiency in arriving at the truth and what to such other desiderata as promptness and finality; nor, therefore, to tell us how good an approximation to invariably true verdicts is "tolerably good," since this requires just such weighing of epistemological values against values of other kinds. As I see it, while justice delayed *is* justice denied, nonetheless late *is* better than never; so that, e.g., we certainly should be willing to consider

15 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, lnc.,* 509 U.S. 579, 597 (1993).

16 *Tehan v. United States,* 383 U.S. 406, 416 (1966).

17 I write of "a late stage," rather than "the final stage," because a full account would include the appeals process.

revision of rules about the introduction of new evidence, etc., now that DNA analysis can show decisively whether someone convicted of a long-ago crime was actually the perpetrator. But I want to concentrate on the epistemological core of our question.

The best case that could be made for the epistemological efficacy of an adversarial system, given the special circumstances under which the legal search for truth is conducted, would run somewhat as follows. Since for good reason the legal process, unlike the process of scientific inquiry, has to be concluded within a relatively short time frame, we need a way of ensuring that the search for and scrutiny of evidence is as thorough as that time frame allows. An adversarial system is one way to do this. If everyone involved knows that eventually, at the trial stage, the determination will be made by an impartial jury weighing the evidence developed and presented by the parties, each subject to cross-examination by the other, this should encourage precisely the kind of thoroughness we are aiming to achieve. For an advocate's goal is to win; so counsel for each party is motivated to seek out evidence favoring his side of the case, and to bring out the flaws in evidence pointing the other way. To be sure, the process isn't perfect; but it is a reasonable substitute for the ideal, as something not dissimilar might be in the case of an urgent medical or intelligence decision.[18]

This optimistic argument is right, up to a point: the adversarial process *can* enable thorough evidential search and scrutiny. However, the optimistic argument is right *only* up to a point: the adversarial process *will* enable thorough evidential search and scrutiny only if, for example, the resources available to each side for search and scrutiny of evidence are adequate and comparable, if juries are willing and able to decide cases on the basis of the evidence, etc. And this obliges us to ask how well the adversarial process we presently have really works.

***

Our present trial system, with its very specific, formalized division of labor, is of course an artefact of history. English courts once relied less on juries than on in-court tests by oath and ordeal, tests based on the assumption that God would punish those who swore falsely, would ensure that an innocent man's arm was not scalded as he plunged it into boiling water, and so on: on "proof," that is,

18 Compare the Devil's Advocate in sainthood proceedings, asked to play his adversarial role to guard against the possibility that other noses will be so deadened by the odor of sanctity that they won't smell a rat if there is one.

in the old sense of the word, as in "the proof of the pudding is in the eating." After 1215, when the 4th Lateran Council prohibited priests from taking part in such tests, jury trials became commoner, but these early jury trials differed significantly from jury trials today; e.g., jurors might be specially chosen for their special expertise (such as a jury of vintners if the defendant was accused of selling bad wine), or they might be allowed to go around the town investigating the alleged offense for themselves.[19] Certainly our present system is a better way of arriving at factually correct verdicts than trials by oath or ordeal; probably it is better than those early jury trials (though the specialized jury may have had its merits -after all, a panel of physicians would likely be better than a random selection of lay persons at assessing the evidence relevant to an emergency medical decision). But it certainly isn't perfect-as, if we could ask him, Thomas Barefoot might tell us.

After Mr. Barefoot was convicted of murder in the state of Texas, two psychiatrists testified at his sentencing hearing (as required by the Texas deathpenalty statute) as to the likelihood that he would be dangerous in future. Neither had ever met him; and one, Dr. Grigson -who testified that there was a *"one hundred percent and absolute"* chance that Barefoot would commit future acts of violence[20]- was so notorious for his pro-prosecution testimony at such hearings that he had earned the nickname "Dr. Death." (Between 1973 and 1994 he testified in over 140 capital cases, in more than 90% of which the jury sentenced the defendant to death).[21] Questioned by Barefoot's attorney about studies showing that psychiatric predictions of future dangerousness are wildly unreliable, Dr. Holbrook said he disagreed with their conclusion, and Dr. Grigson that he was not familiar with most of them, and that in any case they were accepted by only a "small minority group" of psychiatrists. Barefoot was duly sentenced to death.

When the case found its way to the Supreme Court, the American Psychiatric Association submitted an amicus brief acknowledging that two out of three psychiatric predictions of future dangerousness are mistaken. However, in his

19 See Frederic William Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1909), lecture II; Stephan Landsman, "Of Witches, Madmen, and Product Liability: An Historical Survey of the Use of Expert Testimony," 13 *Behavioral Science and Law* (1995) 131-57.

20 *Barefoot v. Estelle,* 463 U.S. 880, 909 (1983) (Justice Blackmun, dissenting).

21 Amnesty International, Urgent Action notice, "United States of America (Texas): Death penalty/legal concern, Bobby Glen Cook," *available at* http://web.amnesty.org/library.index/EGAMR510282003; and cited in Thomas Regnier, "Barefoot in Quicksand: The Future of 'Future Dangerousness' Predictions in Death Penalty Sentencing in the World of *Daubert* and *Kumho,*" *University of Akron Law Review* 37.3 (2004) 467-507,481, n. 80.

ruling for the majority, observing that the APA didn't say that such predictions were wrong *all* the time, only *most* of the time, Justice White dismissed the argument that the jury should not have been allowed to hear this evidence; relevant federal and state law anticipates, he pointed out, that cross-examination and the presentation of contrary evidence are the appropriate means of unmasking dubious testimony.[22] This probably wasn't a lot of comfort to Bare foot, who was executed in 1984.

To be sure, we don't have a definitive list of who is really guilty and who is not, who is really liable and who is not, against which to check whether our adversarial process results in jury verdicts that are usually, often, or rarely factually correct. Nevertheless, we have ample reason to think that the process fails dismayingly often: those DNA exonerations, for one thing -which are likely only the tip of the iceberg, since every innocent man exonerated by DNA was convicted on some evidence, probably evidence of a kind on which other innocent people were also convicted who *can 't* be exonerated by DNA because there is no material to test; and the wildly inconsistent verdicts in tort cases involving the same chemicals, drugs, or devices and the same alleged damage, for another. On this point, I fear, Peirce only exaggerates: "We employ twelve good men and true to decide a question, we lay the facts before them with the greatest care, the 'perfection of human reason' presides over the presentment, they hear, they go out and deliberate, they come to a unanimous opinion, and it is generally admitted that the parties to the suit might almost as well have tossed up a penny to decide! Such is man's glory!"[23]

A hoary old joke defines a jury as "twelve people whose job it is to decide which side has the better lawyer." We laugh; but uneasily, for we know that the resources available to many criminal defendants are pitifully small, and that the contingency-fee system can't always redress the inequality of resources of an individual plaintiff and a mammoth corporate defendant. There are grounds for doubting even that the system ensures that evidential search and scrutiny is most thorough when there is most at stake.[24]

Again, we read that better-educated jurors are likelier to find ways to avoid jury duty, and likelier to be challenged if they are empaneled. Besides the

22 *Barefoot v. Estelle,* supra, note 18, 898.

23 Peirce, *Collected Papers,* supra, note 10, 1.626 (1898).

24 At the time of Barefoot's conviction and sentencing, the sum available for an indigent Texas defendant in a death-penalty case for "investigation and experts" was $500; one wonders how much might have been spent at that time by the defense team for, say, a celebrity accused of shoplifting, or a sports star accused of sexual assault.

expensive jury consultants employed in high-profile cases, now there is demographically based computer software to help attorneys identify which members of a jury pool may be expected to be sympathetic to their side, which to be sympathetic to the other, and which neutral.[25] We may even begin to lose our grip on what it means for a jury to be "impartial," and to wonder whether it isn't too much to ask that each juror be willing to go with the evidence; isn't it enough that a jury be fairly divided between those prejudiced in one direction and those prejudiced in the other? And now, with the opportunity to watch real jury deliberations on television,[26] we will wonder how thoroughly jurors understand judges' instructions, how often one juror succumbs to pressure from the others to conform, and how often jurors compromise on a verdict which, rather than representing anyone's real opinion, simply gets things over with in a way all of them can more or less live with.

Moreover, in our overburdened system, the proportion of cases decided by a jury is quite small.[27] And even if, as it may be said, attorneys negotiating a plea bargain or a settlement agreement are relying on their assessment of the chances of success at a trial, the optimistic argument now requires a further assumption: that attorneys often enough can and do predict correctly what the result would be if a case were to go to a jury -i.e., it relies not only on the approximation of jury verdicts to the truth, but also on the approximation of attorneys' predictions to jury verdicts.

On top of which, just as competition in inquiry sometimes does, the culture of adversarialism can turn sour and counter-productive. In fact, a central theme of Judge Frankel's now-classic paper was that exactly this was happening: while counsel "must not knowingly break the law or countenance fraud… [w]ithin these unconfining limits, advocates freely employ time-honored tricks and stratagems to block or distort the truth." Attorneys manage strategically "to avoid too much knowledge"; they use the very devices which can test dishonest witnesses and help ferret out falsehoods to make honest witnesses look shifty

25 Consolidated Technology Solutions, SMARTJury, http://www.cts-america.com/ smartjury.asp (last accessed November 30, 2004); Charles Nesson, "Peremptory Challenges: Technology Should Kill Them?" *Law, Probability and Risk* 3 (2003) 1-12.

26 ABC/ABC News, *In the Jury Room,* a seven-episode television series that premiered on August 10, 2004.

27 It was reported in 2001 that 4.3% of federal criminal cases and 1.4% of federal civil cases ended in a jury verdict. See William Glaberson, "Juries, Their Power Under Siege, Find Their Role is Being Eroded," *New York Times,* March 2, 2001, A-l.

and competent witnesses look confused; they shop for complaisant experts.[28] As a result, rather than engaging in the thorough search for and scrutiny of evidence that the optimistic argument assumes, they may actually impede it. It is hard to believe that Judge Frankel's reservations apply with any less force now than they did a quarter of a century ago.

In short: an adversarial system of justice is not an inherently hopeless way to determine the truth under the inevitable time-pressures; but there is good reason to fear that our present adversarial system is very far from optimal. It's a bit like the peer-review system. Asking others in the field to read and comment on work submitted is not an inherently hopeless way to determine what work is worthy of publication. But in philosophy at least, the peer-review system is now grossly overburdened as more and more people must publish to get tenure, or even to get on tenure-track; corrupted by the many willing to use their position to get friends' work published or rivals' work suppressed; and well-known to be the coach-class of professional publishing, shunned by those with enough frequent-flyer miles to be allowed into the first-class cabin of prestigious publication-by-invitation. It is so far from optimal, in fact, that no one really believes (whatever some administrators profess) that peer review is either a necessary or a sufficient condition of good work.

## IV. The epistemological critique of exclusionary rules

In *Barefoot,* Justice Blackmun had written an angry dissent focused on the issues about evidence: "The Court holds that psychiatric testimony about a defendant' s future dangerousness is admissible, despite the fact that such testimony is wrong two times out of three... because, it is said, the testimony is subject to cross-examination and impeachment. ... [T]his is too much for me. ... when a person's life is at stake, ... a requirement of greater reliability should prevail."[29] Cross-examination and impeachment may not be enough, he argued, when flimsy evidence is presented to jurors in the guise of science.

At the time, scholars were still debating whether the old *Frye* rule, according to which novel scientific testimony is admissible only if it is generally accepted in the field to which it belongs,[30] had or hadn't been superseded with the passage

28 Frankel, "The Search for Truth," supra, note 11, 1038ff.

29 *Barefoot v. Estelle,* supra, note 18, 915 (Justice Blackmun, dissenting).

30 *Frye v. United States,* 54 App. D.C. 46, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

of the Federal Rules of Evidence in 1975; for FRE 702 provided simply that the testimony of a qualified expert, including a scientific expert, is admissible if it is relevant and not otherwise excluded by law, and didn't mention acceptance in the relevant community. The issue was resolved a decade later, in *Daubert;* and this time it was Justice Blackmun who wrote the ruling.

Describing *Frye* as "an austere standard, absent from, and incompatible with the Federal Rules of Evidence," and acknowledging that "[v]igorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence,"[31] the Court ruled unanimously that the Federal Rules *had* superseded *Frye.* However, in a part of the ruling from which Justices Rehnquist and Stevens dissented, Justice Blackmun added that FRE 702 requires that courts screen proffered expert testimony not only for relevance *but also for reliability.* Though both sides could declare victory -the plaintiffs because *Frye* was set aside, the defendants because expert testimony must now be screened for reliability- the new standard was in some ways more stringent than the old. One suspects that Justice Blackmun may have been remembering Thomas Barefoot, and hoping that tightened standards of admissibility would keep out flimsy evidence.

This, however, brings us directly up against the second radical epistemological criticism of the Anglo-American legal system: that exclusionary rules are inherently at odds with the epistemological desideratum of completeness. This is the main theme of Bentham's treatise on evidence: "[t]he theorem to be proved" is that "merely with a view to rectitude of decision, ... no species of evidence whatsoever ... ought to be excluded."[32] For evidence to have probative force, it must be not only correct, but also complete; evidence which is true so far as it goes but which omits some essential point can be thoroughly misleading. So, Bentham argues, exclusionary rules are to be avoided; the right way to deal with misleading evidence is to put it in the context of further evidence, either by bringing out more details by interrogation, or by introducing other witnesses. By these standards, the English jurisprudence on the subject of evidence, with its thicket of exclusionary rules, is "incompetent ... to the discovery of truth, ... incompetent, therefore, ... to the purposes of justice"-as, Bentham continues, is almost every rule that has ever been laid down on the subject.[33]

31 *Daubert v. Merrell Dow Phannaceuticals, lnc.,* supra, note 13, 596.

32 Bentham, *Rationale of Judicial Evidence,* supra, note 4, vol. 1, 1.

33 Ibid., 4. My knowledge of civil-law systems is limited to say the least; but I note for the record that the Swedish Code of Judicial Procedure adopted in 1948 abolished rules disqualifying witnesses because of partiality and rules excluding hearsay (CJP, ch. 35, sec. 1). The

But does Bentham's critique of English evidence law in 1827 have any relevance to evidence law here and now? I shall set aside complications posed by the different rules in different states, the different rules for administrative courts, different arrangements for grand juries, etc., etc., and focus on the Federal Rules of Evidence. Rule 102 sounds like something of which Bentham would have approved: the Rules are to be construed so as "to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and ... growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined.[34] And so does rule 402, providing that "all relevant evidence is admissible, except as otherwise provided [by law].... Evidence which is not relevant is not admissible."[35] Rule 106 even specifically requires completeness: when a written or recorded statement, or part of such a statement, is introduced by one party, the other may require the introduction of any other part or any other recorded statement which ought in fairness to be considered along with it.

Rule 403, however, provides that "[a]lthough relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence."[36] In fact, the mesh of rules intended to keep out confusing or misleading evidence is not so different, probably, from the English evidence law that Bentham had condemned so severely. True, Bentham allows that rules excluding evidence on grounds of "delay, vexation or expense" are justifiable, provided the non-truth-related evil they prevent outweighs the truth-related evil they cause.[37] But while he might have approved of some of our policy related exclusionary rules, he specifically argued against a rule allowing spousal privilege; and I doubt he would have approved of, e.g., rule 407, excluding evidence of subsequent measures which, had they been taken sooner, might have prevented the damage for which the defendant is being sued -presumably so as not to discourage landlords from fixing wonky steps and such.

"principle of free evaluation of evidence" now allows every kind of evidence. Hugo Tiberg, Pär Cronhult, and Fredrik Sterzel, eds., *Swedish Law: A Survey,* trans. James Hurst (Stockholm: Juristforlaget, 1994), 494.

34 Rule 102, Federal Rules of Evidence, *United States Code* (U.S. Government Printing Office, 2000), 854.

35 lbid., 864.

36 lbid., 865.

37 Bentham, *Rationale of Judicial Evidence,* supra, note 4, vol. 1, 3.

More to the epistemological point, however, is Bentham's discussion of hearsay. Bentham classifies this as a species of "inferior evidence," because it is liable to "a characteristic fraud": the fact that the person whose words are reported cannot be cross-examined constitutes an incentive to lying. Nevertheless, he argues, "[w]hen standing by itself, this evidence, if false, is not at all dangerous; it would have nothing to support it, and would probably be falsified by ascertained circumstances." At the same time, "[i]n connection with other proofs, it may be necessary for explaining and completing a series of facts." As with "casual written evidence," "(i]ts exclusion may occasion the loss of information which cannot be obtained in any other way."[38] So he would *admit* such evidence unless the secondary witness is available to testify in person. This, of course, runs almost exactly contrary to the Federal Rules, which *exclude* hearsay evidence unless otherwise provided, but allow numerous exceptions -many of them applicable even if the out-of-court declarant is available as a witness. These exceptions -testimony as to secondary witnesses' statements of their sense impressions at the time they spoke, excited utterances, dying declarations, then -existing mental, emotional or physical conditions, as well as recorded recollections, etc., etc. -are allowed on the grounds that such hearsay supposedly satisfies adequate "indicia of reliability."

Bentham is right to see completeness of evidence as a desideratum-though I would prefer to put the point gradualistically: comprehensiveness of evidence is one determinant of degree of warrant. However, it follows *neither,* as Bentham believes, that the best strategy is to let in all evidence *nor,* as the FRE assume, that the best strategy is to try to exclude unreliable evidence. It doesn't follow that more evidence is always better than less, so that the policy should be to let it all in; for additional-but-still-incomplete evidence *may* lead us in the wrong direction, while the previously available even-more-incomplete evidence would have led us in the right direction. This is why Bentham reaches for those modal qualifiers as he argues that if hearsay evidence is false, other evidence will "probably" show it to be so, and that hearsay evidence "may be" necessary to fill in the gaps in other testimony. But it doesn't follow, either, that since we don't have all the evidence, the policy should be to exclude potentially unreliable stuff. This is why, when Posner argues in favor of exclusionary rules, he too reaches for words like "may," and "probably."[39] Both strategies have benefits; both have drawbacks.

38 Jeremy Bentham, *A Treatise on Judicial Evidence,* ed. M. Dumont (1825; repr. Littleton, Colo.: Fred B. Rothman and Co., 1981), 201, 202, 200.

39 Posner, *Frontiers in Legal Theory,* supra, note 8, chaps. 11 and 12, passim; see e.g., p. 350 (trial by jury "may" produce in Darwinian fashion a higher quality of lawyer than bench trials, in which a judge "may" seek to compensate for the inadequacies of the weaker lawyer).

As even a brief exploration of the exclusionary strategy with respect to expert testimony as it plays out in *Daubert* and its progeny suggests, crafting effective rules specifying indicia of reliability is harder than it sounds. For one thing, while reliability is a matter of degree, an expert's testimony must either be admitted, or not. For another, courts must decide *with respect to each expert* whether his testimony should be admitted, in whole or in part; but the testimony of several experts might, in some instances, fit together in an explanatory story to give more credibility to a fact in issue than the testimony of any one would do. This is in effect an application of Bentham's point that additional evidence may change the complexion of the evidence we already have; and also a kind of corollary of my theory: as the way a crossword entry interlocks with others may reasonably raise our confidence that it is correct, the way that, e.g., an epidemiological study suggesting a weak correlation of substance S with disorder D interlocks with toxicological results suggesting a possible mechanism by which S might sometimes cause this or that physiological damage, may reasonably increase our confidence that the statistical results are not misleading.[40]

Moreover, as the Supreme Court has gradually modified and amplified what it said in *Daubert* about how to determine reliability, it has left more and more to courts' discretion. According to *Daubert,* courts are look to a potential witness's methodology, not his conclusions, and may refer to such factors as falsifiability, the known or potential error rate, peer-review and publication, and general acceptance in the scientific community. In Joiner[41] however ruling that, even though excluding expert testimony may well be outcome determinative, the standard of review for such evidentiary decisions is abuse of discretion, not some more stringent standard -the Supreme Court quietly abandoned the distinction between methodology and conclusions on which it had relied in *Daubert.* And in *Kumho-ruling* that *Daubert* applies to *all* expert testimony, not only the scientific-the Supreme Court noted that the factors on *Daubert'* s "flexible" list may or may not be apropos, depending on the kind of expertise involved; courts may use any, all, or none of them, or, where appropriate, others of their own devising.[42]

In a way, *Kumho's* advice -in effect, that courts should use whatever indicators of reliability are appropriate in a particular case and with respect to a particular

40 See Susan Haack, "An Epistemologist Among the Epidemiologists," *Epidemiology* 15.5 (September 2004) 51-2.

41 *General Electric Co. v. Joiner,* 522 U.S. 136 (1997).

42 *Kumho Tire Co. v. Carmichael,* 526 U.S. 137, 141 (1999) ("*Daubert*'s list of specific factors neither necessarily nor exclusively applies to all experts or in every case").

witness[43]-seems supremely sensible. (Think of the expert on police training techniques in *Berry,*[44] excluded for lack of peer-reviewed publications; of the forensic document examiner in *Starzecpyzel*[45] admitted after a *Daubert* hearing the conclusion of which was that *Daubert* didn't apply; or of Dennis Carlson, the tire expert in *Kumho,* solemnly explaining his "visual-inspection methodology" -he eye-balled the tires.) On the one hand, readily applicable, specific criteria, such as whether the evidence has been published in a peer-reviewed journal, don't identify the reliable enough reliably enough; but on the other hand, as the *Kumho* court acknowledges, its much less specific advice relies heavily on courts' discretion -it's rather like advising someone to "do the right thing." In practice, it seems, while since *Daubert* federal courts have been tougher in excluding dubious expert testimony proffered by plaintiffs in tort cases, they have been less so with dubious forensic testimony in criminal cases.

And in Texas, apparently, plus ça change, plus c'est la même chose. After repeated reprimands for his irresponsible testimony in Texas capital cases, Dr. Grigson was expelled from the American Psychiatric Association in 1995; but even after his expulsion he continued to testify for the state of Texas. The Texas rules of evidence are modeled on the Federal Rules; and in 1995 the Texas Supreme Court adopted Daubert.[46] In Nenno v. State, a 1998 capital murder case, the Texas Court of Criminal Appeals ruled that the testimony of a supervisor from the FBI Behavioral Science Unit that a person matching the description established by evidence in the case "would be an extreme threat to society," was admissible; arguing that the Daubert factors need not apply outside the context of "hard science" -and thus using the fact that predictions of future dangerousness are not "hard science" to justify a lower standard of admissibility.[47] This decision preceded Kumho: but so far as I can see, there is nothing in Kumho -which was cited approvingly in Texas evidentiary case law just a month after it was decided[48] -that would have precluded it.

43 "[W]e can neither rule out, nor rule in, for all cases and for all time the applicability of the factors mentioned in *Daubert* .... Too much depends on the particular circumstances of the particular case at issue." *Kumho Tire,* supra, note 40, 150.

44 *Berry v. City of Detroit,* 25 F.3d 1342 (6th Cir. 1994).

45 *United States v. Starzecpyzel,* 880 F. Supp. 1027 (S.D.N.Y. 1995).

46 *El du Pont de Nemours v. Robinson,* 923 S.W.2d 549, 556 (Tex. 1995); the ruling introduced two additional *Daubert* factors of its own: whether the technique depends on subjective judgments, and whether it has non-judicial uses.

47 *Nenno v. State, 910* S.W.2d 549, 561 (Tex. Crim. App. 1998).

48 *Godsey v. State,* 989 S.W.2d 482, 490 (Tex. App. 1999).

Because *Daubert* shifted some of the responsibility for determining the quality of evidence away from the jury, the traditional decider of fact, to the courts, it has prompted debate over whether judges or juries are likely to be better at assessing the worth of complex and perhaps arcane expert evidence. I think there is probably no good answer to this question, beyond "it depends on the judge, the jury, and the evidence in question." The more important point is that our rules of evidence are not designed to compensate for failures of the adversarial system; for as the author of a text on the FRE observes, noting that except in egregious cases ("plain error") a potentially reversible exclusion will not be considered on appeal unless it was first brought to the attention of the trial court, "[t]he adversary system, based on party responsibility, is deeply engrained in our jurisprudence, *particularly in the field of evidence*."[49]

And now we see that, just as the inclusive strategy that Bentham urges would work poorly unless the advocates for the parties do a decent job of seeking out relevant evidence and of revealing the flaws in the dubious stuff admitted along with everything else, so too the exclusionary strategy built into our rules of evidence will also work poorly unless the parties do a decent job of challenging dubious stuff to get it excluded. And thinking, for example, of how much more feasible it is likely to be for a mammoth corporation than for an indigent criminal defendant to make a *Daubert* challenge to proffered expert testimony, we see that tweaking the rules of evidence is not the way to compensate for large discrepancies in the parties' resources.

***

Hence my conclusion: "The American Way" -the way of adversarialism and of exclusionary rules- is not an inherently bad way to determine the truth in legal disputes; but as it presently works it isn't nearly as good a way as we would ideally like it to be. In general, of course, what legal way of determining the truth will work best at a given place or time is likely to depend in complicated ways on matters of history, culture, economics, and social mores; and for our legal system to work significantly better would probably take changes not only within the system itself, but also in the larger social context in which it operates. But I will end here; for it really is beyond the competence of a "person of mere theory" like myself to offer detailed proposals about how such improvements, so desirable from the point of view of justice, might be achieved.

49 Michael Graham, *Federal Rules of Evidence in a Nutshell,* 6th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 2003), 19 (emphasis added).

# La verità nel processo

*Michele Taruffo*[1]
*Università di Pavia*
*Cátedra de Cultura Jurídica,*
*Girona Italia*

## 1. Una questione preliminare

Prima di entrare *in medias res* affrontando il tema della verità nel processo, è forse opportuno chiarire almeno alcune delle premesse generali da cui muove il discorso. Questo perché esso presuppone che il processo, in tutte le sue manifestazioni, non sia un fenomeno avulso dal contesto culturale nel quale di volta in volta si colloca, soprattutto se si affrontano temi in larga misura metagiuridici come quello della verità e delle declinazioni che il relativo concetto conosce nel contesto processuale.

1 Dal 1976 professore ordinario di Diritto processuale civile. Per vari anni ha insegnato anche Diritto processuale comparato e Diritto processuale generale.Nel 1994, 1995 e 1996 è stato visiting professor presso la Cornell Law School.çHa tenuto numerose conferenze e seminari in Italia e all'estero (in Francia, Germania, Spagna, Polonia, Finlandia, Svezia, Brasile, Giappone, Stati Uniti). E' membro dell'American Law Institute del Bielefelder Kreis, dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile, dell'Associazione italiana di diritto comparato, dell'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, dell'Association de methodologie juridique, della Società italiana di filosofia giuridica e politica. E. mail: taruffo@unipv.it

Una di queste premesse generali riguarda il tema del fenomeno che –derivando il termine da Alvin Godman[2]- si può definire come *verifobia*, indicando in questo modo tutti quegli atteggiamenti che, in maniere più o meno aperte e consapevoli, sono contrari a qualunque discorso che riconosca significato e valore alla verità, e quindi ne negano di volta in volta l'esistenza, la possibilità, l'opportunità di ricercarla, l'eventualità di scoprirla in qualsivoglia contesto[3].

La verifobia è assai diffusa tra i giuristi, e tra i processualisti in particolare. Quando Bruno Cavallone, che si colloca tra i processualisti più colti, scrive *In difesa della* verifobia[4], egli non esprime solo la sua personale disapprovazione per essere stato da me inserito tra i verifobici, ma interpreta soprattutto l'atteggiamento scettico diffuso tra i processualisti, e soprattutto tra coloro che praticano la professione legale, rispetto al problema generale della verità, ed in particolare rispetto alla possibilità che la ricerca e l'accertamento della verità dei fatti nel processo possa avere un senso[5]. D'altronde, sono diffuse varie argomentazioni che di volta in volta negano per ragioni ideologiche (ossia fondate su particolari concezioni della natura e dei fini del processo) la possibilità che in esso si accerti la verità, oppure che non negano in astratto tale possibilità teorica ma escludono la possibilità pratica di conseguirla, o comunque affermano che non vale la pena di sprecare tempo e denaro per ricercarla, dato che la verità nel processo *non interessa a nessuno*[6].

Si può peraltro osservare che i processualisti non sono soli nel coltivare atteggiamenti scettici di questo genere, poiché anzi lo scetticismo verifobico trova numerose manifestazioni al livello della cultura filosofica generale. Non è pos-

2 Cfr. Goldman, *Knowledge in a Social World,* Oxford 1999, p.7.

3 A livello filosofico la "paura della verità" sembra piuttosto diffusa: cfr. ad es. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia,* Torino 2007, p.89, 138 ss.; Vassallo, *Contro la verifobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità,* in *Conoscenza e verità*, a cura di M.C.Amoretti e M.Narsonet, Milano2007, p.1 ss.

4 Cfr. Cavallone, *In difesa della* veriphobia *(considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo,* in *Riv.dir.proc.* 2010, p. 1 ss.. In replica allo scritto di Cavallone cfr. il mio *Contro la* veriphobia. *Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone,* nella stessa Rivista, 2010, p.995 ss.. Entrambi gli scritti sono apparsi anche in spagnolo: cfr. Cavallone-Taruffo, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad,* Lima 2012.

5 In altra occasione avevo avvicinato questo atteggiamento a quello dello *Hardnosed Practicioner* di cui parla Twining (cfr. Id., *Some Skepticism about Some Skepticisms,* in Id., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays,* 2nd ed., Cambridge 2006, p.105 ss.) delineando il prototipo dell'avvocato che manifesta scetticismo di fronte a qualsivoglia discorso intorno alla verità (cfr. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali,* Milano1992, p.7.).

6 Più ampiamente intorno a questi orientamenti cfr. Taruffo, *op.ult.cit.,* p.16 ss., 24 ss.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti,* Bari 2009, p.99 ss., 107 ss.

sibile svolgere qui un'analisi soddisfacente di questo fenomeno, ma può essere significativo il recente esempio offerto da uno dei filosofi italiani più conosciuti ed influenti, ossia Gianni Vattimo. Fondatore e principale esponente della corrente filosofica nota come "pensiero debole" (che un amico definisce come "pensiero dei pensatori deboli") Vattimo pubblica di recente due libri che per certi versi riassumono il suo pensiero, e che sono rilevanti per il tema di cui qui si discute. Nel più recente, intitolato *Della realtà*[7], egli riassume il suo pensiero sostenendo lungo più di 200 pagine la tesi per cui la realtà non esiste[8], e fondandosi sul trito e sopravalutato detto di Nietsche per cui "non esistono fatti, esistono solo interpretazioni"[9]. Questa tesi rileva nel presente contesto perché se si ammette che la realtà non esiste bisogna anche ammettere che non può esistere nessuna conoscenza veritiera di essa, dato che ogni interpretazione –tra le infinite interpretazioni possibili- sarebbe accettabile, e quindi nessuna potrebbe definirsi come vera[10]. Se così fosse, non avrebbe alcun senso discutere della verità nel processo, poiché non avrebbe senso discutere della verità in generale. D'altra parte, in un libro di qualche anno fa lo stesso Vattimo aveva polemizzato duramente contro coloro che parlano di verità, accusandoli sostanzialmente di sostenere una posizione antidemocratica e subordinata alla volontà del potere, sempre fondandosi sulla premessa che non vi siano fatti, ma solo interpretazioni[11].

Si tratta di tesi fortemente discutibili che non possono essere qui analizzate come meriterebbero.

Tuttavia, allo scopo di spiegare per quali ragioni esse non vengono qui accolte si può accennare sinteticamente ad un triplice equivoco che ne mette in crisi il fondamento.

7 Cfr. Vattimo, *Della realtà. Fini della filosofia,* Milano 2012.

8 Verrebbe da osservare che Vattimo non nega l'esistenza della *sua* realtà poiché se la negasse non potrebbe –non esistendo- scrivere libri che negano l'esistenza della realtà. Nulla di nuovo: è il vecchio paradosso dello scettico.

9 Al riguardo nota con ragione Maurizio Ferraris che il troppo famoso aforisma non va preso sul serio, perché si tratta semplicemente di un proverbio, non diverso da quello che dice "una rondine non fa primavera" (cfr.Ferraris, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, giustizia e interpretazione,* a cura di J.Derrida e G.Vattimo, Bari 1998, p.142.

10 Questa affermazione è svolta e ripetuta più volte nel testo di Vattimo. Cfr. ad es. Id., *op.cit.,* p.29 ss., 44 ss., 51, 66, 89 ss., 100 ss., 109 ss., 126 ss.

11 Cfr. Vattimo, *Addio alla verità,* Roma 2009, spec. p.19, 25, 46 ss.

a) Il primo equivoco in cui cade Vattimo consiste nel parlare della verità come un ente, un assoluto[12], e non come predicato di un enunciato che dice qualcosa intorno ad un fatto[13]. Ciò basterebbe per dire che ciò che dice Vattimo è del tutto inutile nel contesto del processo, ove il problema fondamentale –come si vedrà- è proprio quello di stabilire se sono vere o false le proposizioni che riguardano i fatti della causa.

b) Il secondo equivoco sorge perché se la realtà non esiste non esiste neppure il diritto, e neppure l'amministrazione della giustizia, e allora rimarrebbe da chiedersi che cosa fanno in certi luoghi detti corti o tribunali (che non esistono) strani personaggi a volte addobbati in maniera curiosa (che non esistono). Forse producono interpretazioni facendo del teatro o celebrando un rito (come alcuni pensano)[14], ma rimarrebbe comunque da chiedersi se il teatro ed il rito esistano davvero o siano, a loro volta, interpretazioni[15].

c) Il terzo equivoco deriva dal fatto che la verità del potere, dalla quale bisogna rifuggire per mantenere un atteggiamento democratico, non è affatto la verità "assoluta" di cui Vattimo parla[16]: in buona sostanza, egli non si rende conto che il potere autoritario non si esprime attraverso la verità, ma attraverso la menzogna sistematica. Questa non è la verità: è piuttosto una "verità avvelenata"[17], ossia una non-verità.

Va tuttavia osservato che, nel contesto di un generale declino del postmodernismo, anche il problema della verità è tornato negli ultimi anni ad essere preso sul serio. Per un verso, infatti, sul piano filosofico generale si è ricominciato a pensare che la realtà esista[18], e conseguentemente si è ricominciato a pensare che essa sia in qualche modo conoscibile, sicchè torna alla ribalta il problema

12 Cfr. ad es. Id., *op.ult.cit.,* p.25.

13 Non a caso egli liquida frettolosamente il criterio di Tarski (senza occuparsi dell'immensa letteratura che esiste su di esso), che appunto riguarda il principio semantico di verità di un enunciato, semplicemente richiamando per l'ennesima volta l'idea che esistano solo interpretazioni (cfr. Vattimo, *op.ult.cit.,* p.46 ss.).

14 Cfr. ad es. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario,* tr.it., Milano 2007.

15 Vale la pena di ricordare l'ironica battuta di Maurizio Ferraris quando immagina un tribunale in cui vi sia la scritta "Non ci sono fatti, solo interpretazioni" invece della scritta "La legge è uguale per tutti" (cfr. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo,* Roma-Bari 2012, p.9.

16 Cfr. Id., *op.ult.cit*., p.25.

17 Utilizzo qui l'eloquente espressione di Franca D'Agostini, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico,* Torino 2010.

18 Cfr. ad es. l'«esperimento della ciabatta» di cui parla Ferraris, *Manifesto,* cit., p.39 ss.

della verità come possibile qualificazione di ciò che si dice intormo alla realtà[19]. Si può anzi affermare che il "ritorno della verità" sia ormai un luogo comune, almeno tra i filosofi e gli epistemologi più avvertiti[20]. In proposito, e con riguardo all'equivoco politico in cui cade Vattimo, si può poi osservare che non solo la verità non è affatto antidemocratica, ma che al contrario, come molti hanno scritto, essa costituisce un valore fondamentale della democrazia, che non esiste senza il principio di verità nei rapporti tra il potere e i cittadini[21]. Ciò contro cui bisognerebbe lottare in una democrazia non è affatto la verità: al contrario, la verità è un valore democratico poiché solo sulla base di essa è possibile smascherare le "verità avvelenate", ossia le menzogne del potere.

Le argomentazioni ora accennate richiederebbero ben altri svolgimenti, ma anche in una forma così schematica esse consentono di risolvere positivamente la "questione preliminare" formulata all'inizio, ossia se abbia senso parlare in generale di verità. Ciò giustificherebbe la formulazione della questione più specifica relativa alla verità nel contesto del processo.

## 2. Un'altra questione preliminare

A questo punto, tuttavia, ci si trova di fronte ad una ulteriore questione preliminare, che si può formulare così: anche ammesso che abbia senso parlare in generale della verità, ha senso parlarne nel processo? La questione non è irrilevante perché non mancano nelle teorie –o ideologie- del processo correnti di pensiero che risolvono questa questione in senso negativo. Esistono, in altri termini, concezioni verifobiche del processo nelle quali si esclude che la verità possa collocarsi tra i fini ai quali il processo dovrebbe essere orientato. Semplificando drammaticamente un panorama complesso e sfumato, si possono ricondurre queste concezioni sostanzialmente a due modelli.

a) Il primo modello è rappresentato dalla teoria standard del processo *adversarial* che è presente nel processo civile e penale degli Stati Uniti (e di altri ordinamenti che imitano più o meno pedissequamente il modello nordamericano). Questa

19 Cfr. ad es. D'Agostini, *Introduzione alla verità,* Torino 2011, p.33 ss.

20 Cfr., anche per numerosi riferimenti, Taruffo, *op.ult.cit.,* p.74 ss.

21 In argomento v. più ampiamente, e per riferimenti, Taruffo, *op.ult.cit.,* p.94 ss.. Nello stesso ordine di idee v. anche Gliozzi, *Legalità e populismo.I limiti delle concezioni scettiche del diritto e della democrazia,* Milano 2011.

teoria concepisce il processo come null'altro che una competizione, tanto che è diffusa l'espressione *sporting theory of justice* (e già Roscoe Pound parlava di *fight theory of justice*) nella quale ciò che interessa è soltanto che la competizione si svolga regolarmente (sicchè la funzione esclusiva del giudice è quella di un *umpire* che sanziona le violazioni delle regola del gioco). Alla fine qualcuno dei combattenti vincerà (e avrà meritato di vincere perché avrà dimostrato di essere il pù forte, il più abile, il più ricco), e questo è il solo ed esclusivo scopo a cui è orientato il processo *adversarial:* risolvere la controversia attraverso la vittoria di uno dei due contendenti[22]. Non può sorprendere, allora, che in un modello di questo genere non abbiano alcuna rilevanza la qualità e il contenuto della decisione che chiude il processo, poiché la sua funzione è solo quella di registrare la vittoria di una parte e la sconfitta dell'altra. Di conseguenza, se la decisione corrisponda o non corrisponda alla verità dei fatti è del tutto irrilevante: la ricerca della verità nel processo viene anzi vista come uno spreco di attività, di tempo e di denaro. Inoltre, e di conseguenza, il processo *adversarial* non è strutturalmente orientato verso l'accertamento della verità[23]. In questa prospettiva, parlare di verità nel processo è evidentemente un *nonsense.*

b) Il secondo modello include riassuntivamente varie prospettive, che considerano il processo come una sorta di spettacolo teatrale ritualizzato[24], o semplicemente come un rituale[25]. Essendo il processo così concepito finalizzato ad inviare all'ambiente sociale di riferimento un messaggio relativo a come seriamente si amministra la giustizia, e quindi a legittimare la decisione, ne segue che –una volta di più- la qualità e il contenuto specifico della decisione che conclude il processo sono sostanzialmente irrilevanti: essa viene legittimata dal procedimento, non da ciò che dice[26]. Ne segue che la verità dell'accertamento dei fatti su cui si fonda la decisione è –una volta di più- irrilevante, e quindi non può essere inclusa tra gli scopi verso i quali il processo è orientato.

Sembra evidente che se si aderisse all'una o all'altra delle concezioni qui sinteticamente richiamate, e se esse esaurissero le possibili concezioni della funzione

22 Sul fondamento di questa concezione nell'etica sociale nordamericana v. in particolare Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way to Law,* Cambridge, Mass.-London 2001, spec.p.61 ss. (sul processo penale) e 99 ss. (sul processo civile).

23 In proposito v. più ampiamente, e per riferimenti, Taruffo, *op.ult.cit.,* p.108 ss.; Id, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana,* Padova 1979, p.51 ss.

24 Cfr. ad es. Garapon, *op.cit.*

25 Cfr. in particolare Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali,* tr.it., Roma-Bari 2009.

26 Cfr. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale,* tr.it. della II ed., Milano 1995.

e delle finalità del processo, occorrerebbe risolvere in senso negativo la seconda questione preliminare formulata più sopra: non avrebbe senso, infatti, parlare della verità nel contesto del processo.

Tuttavia, le cose non stanno così, ed esiste la possibilità di definire diversamente la funzione del processo e le sue finalità. Tale possibilità muove da una adeguata considerazione del principio generale di legalità, al quale si ispirano i sistemi moderni, a partire dal nostro, e delle conseguenze che esso implica sull'amministrazione della giustizia. Dire che "I giudici sono soggetti soltanto alla legge" (art.101 comma 2 della Costituzione) significa evidentemente che i giudici debbano decidere le controversie applicando correttamente le norme di diritto che operano come criteri di decisione nei vari casi concreti. Ciò non esclude che il processo, oltre a legittimare la decisione, sia anche finalizzato a risolvere una controversia, ma esige che la controversia sia risolta con una decisione giusta e fondata sulla corretta applicazione della norma che regola il caso. Questa, anzi, va configurata come la finalità principale del processo, poiché non sarebbe giusta una sentenza che decidesse una controversia violando la legge o applicando una norma in maniera invalida. Si tratta di una considerazione ovvia che non abbisogna di particolare dimostrazione, ma che porta ad un conseguenza importante per il discorso che qui interessa. Si può adottare, per semplificare l'argomentazione, la prospettiva kelseniana[27] per cui in generale le norme del diritto hanno una struttura condizionale del tipo "Se F, allora CG", dove CG è la conseguenza giuridica (l'apodosi), mentre F (la protasi), è la c.d."fattispecie astratta", ossia la definizione in termini generali di un fatto dalla cui sussistenza dipende la possibilità di applicare la norma nei casi particolari[28]. Ciò implica che una *condizione necessaria* perché la norma N possa essere correttamente applicata in un caso concreto è che in quel caso si sia verificato un fatto "f" (la c.d."fattispecie concreta") che diventa giuridicamente rilevante in quanto rientra nella definizione di F contenuta nella norma. Non è il caso di dilungarsi qui sulle modalità con le quali si stabilisce se la fattispecie concreta corrisponde o no alla fattispecie astratta[29]: il punto rilevante è che la norma N può essere correttamente applicata nel caso specifico solo se si è verificato un fatto "f" che corrisponde alla definizione di F che costituisce la protasi della norma stessa. Dal punto di vista processuale ciò equivale a dire che la norma viene correttamente

27 Sulla concezione kelseniana della struttura della norma v. ampiamente Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen, Una intoduzione critica,* Bologna 1999, p.174 ss.

28 Più ampiamente intorno a questo concetto, e ai problemi che si pongono quanto alla definizione normativa del "fatto giuridicamente rilevante, cfr. ad es.Taruffo, *La prova,* cit., p.71 ss., 74 ss.

29 Nella teoria del ragionamento giudiziario esistono numerose risostruzioni delle modalità con cui si verifica questa corrispondenza. In proposito v. ancora Taruffo, *op.ult.cit.,* p.74 ss., 83 ss., anche per riferimenti.

applicata nel caso concreto, come regola di decisione, *se e solo se* si è accertata la verità di una proposizione (o di un insieme di proposizioni) che descrive il fatto “f”. In altri termini, l’accertamento della verità del fatto che si qualifica come giuridicamente rilevante secondo la norma che viene applicata è *condizione necessaria* per la corretta applicazione della norma nel caso concreto, secondo il principio di legalità[30]. Dunque nessuna norma viene applicata correttamente se i fatti ai quali si riferisce sono stati accertati in maniera erronea o falsa. Non si tratta, evidentemente, di una conclusione particolarmente originale, poiché anzi essa è assai diffusa anche tra i filosofi, e non solo tra i giuristi[31]. Essa appare però particolarmente importante poiché da un lato esclude che si possa immaginare un’amministrazione della giustizia fondata sulla falsificazione dei fatti, sulla menzogna e sull’errore, mentre dall’altro lato mette “fuori gioco”, per la stessa ragione, i verifobici di ogni tipo. Essa conduce poi ad affermare che nel contesto del processo la ricerca e l’accertamento della verità dei fatti non sono *optionals*, o addirittura qualcosa che si dovrebbe evitare, ma –esattamente al contrario- costituiscono finalità essenziali di ogni processo ispirato al principio di legalità.

Non solo, quindi, ha senso parlare di verità nel contesto del processo: ha senso parlarne in quanto un processo senza verità non farebbe giustizia, ma solo ingiustizie. Sotto questo profilo si può ben dire che la verità non è importante: è inevitabile[32]

## 3. Concezioni della verità nel processo

Posto che, come si è detto, la verità svolga una funzione essenziale nel processo, si pone l’ulteriore problema di chiarire che cosa si intende con questa affermazione, ossia, in altri termini, di chiarire a quale tra i numerosi concetti di verità[33] si fa riferimento. Semplificando ancora una volta in maniera drammatica un problema di grande complessità, si può dire che nel contesto del processo occorre adottare

30 Argomenta in modo analogo Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari 1990, p.20 ss.. Egli limita però il discorso al processo penale invocando il principio di stretta legalità, ma l’argomento vale in generale, tutte le volte che si fa riferimento –come si è detto più sopra nel testo- al principio di legalità nell’amministrazione della giustizia.

31 Più ampiamente intorno alla verità dei fatti come condizione necessaria di legalità, e quindi di giustizia della decisione, cfr., anche per riferimenti, Taruffo, *La semplice verità,* cit., p.97 ss.

32 Cfr. D’Agostini, *Introduzione,* cit., p.16.

33 Per utili sintesi in argomento cfr. D’Agostini, *Introduzione,* cit.; Blackburn, *Truth. A Guide,* Oxford 2005.

un concetto di verità come *corrispondenza* delle proposizioni[34] relative ai fatti della causa con la realtà empirica di tali fatti. Questa affermazione si giustifica sulla base di almeno due ragioni.

La prima ragione, di carattere generale, è che la "verità realistica manifesta una priorità per quel che riguarda il significato di «vero»"[35]. Nell'ambito del *realismo aletico* "è la realtà che decide la verità della conoscenza, e non viceversa"[36]. Come precisa Searle, poiché la verità è una questione di corrispondenza ai fatti, "external realism is not a theory. It is not an *opinion*", "It is rather the framework that is necessary for to be even possible to hold opinions or theories" relative al mondo[37]. La scelta di una opzione realistica di questo genere è ovviamente discutibile, ma è lecito condividerla sulla base di numerose ragioni che qui non possono essere discusse adeguatamente. Basti dire che se, come si è cercato di mostrare, il problema fondamentale del processo è di stabilire ciò che è davvero accaduto nella realtà a proposito dei fatti rilevanti del caso, una opzione realistica appare necessaria.

Per rendersene conto è forse sufficiente accennare alle difficoltà che sarebbero provocate dall'adozione di altre concezioni della verità. Anche qui senza alcuna presesa di completezza, si può fare riferimento alla concezione della verità come coerenza, e alla concezione della verità come consenso. In base alla prima di queste concezioni, la verità di una proposizione consisterebbe nella *coerenza* di questa proposizione con il contesto di cui essa fa parte[38]. Nell'ambito del processo si parlerebbe allora della *coerenza narrativa* della descrizione che riguarda i fatti della causa[39]. L'intero processo verrebbe interpretato come una sequenza di narrazioni relative a questi fatti[40], e terminerebbe con la narrazione elaborata dal

34 Sulla verità come predicato delle proposizioni che costituiscono il contenuto degli enunciati fattuali cfr. ad es. D'Agostini, *op.ult.cit.,* p.44, 101.

35 Cfr. D'Agostini, *op.ult.cit.,* p.86 ss.

36 Cfr. ancora D'Agostini, *op.ult.cit.,* p.88.

37 Cfr. Searle, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World,* s.l. 1999, p.5, 32.

38 Per una sintetica esposizione di questa concezione, e dei problemi che essa solleva, cfr. D'Agostini, *op.ult.cit.,* p.55 ss., 58 ss.. Per una approfondita critica al "coerentismo" cfr. Haack, *Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology,* 2nd ed., Amherst,NY, 2009, p. 93 ss.

39 Relativamente allo *story-telling* riferito al processo cfr., anche per ulteriori riferimenti, Taruffo, *op.ult.cit.,* p.35 ss.. Cfr. inoltre Twining, *Lawyers' stories,* in Id., *Rethinking Evidence,* cit., p.286 ss. In generale sulla concezione coerentista della verità, e sui problemi che essa presenta, cfr.D'Agostini, *op.ult.cit.,* p.56 ss.

40 Cfr. in particolare Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo",* Milano 2008.

giudice. Peraltro, mentre non si può negare il ruolo che le narrazioni fattuali hanno nella dinamica del processo, ciò non implica che non si possa parlare di verità, e tanto meno che il solo criterio di scelta della decisione finale dei fatti sia costituito dalla coerenza narrativa dell'una o dell'altra fra le tante narrazioni possibili. In altri termini, mentre pare evidente la differenza che esiste tra un processo e un premio letterario –ove ci si aspetta che prevalga il romanzo "narrativamente migliore"- va ribadito che il processo tende a conseguire una descrizione dei fatti che –indipendentemente dai suoi pregi letterari- corrisponda alla realtà dei fatti stessi. Basta osservare, in proposito, che una narrazione coerente può non essere vera, come accade in qualsiasi romanzo, che può essere narrativamente coerente senza che perciò si trasformi nella narrazione vera delle vicende di cui parla[41]. Analogamente, una descrizione dei fatti rilevanti in un processo può essere narrativamente coerente senza *per questa ragione* essere una descrizione vera di quei fatti; nulla esclude, anzi, che una narrazione coerente sia falsa.

Un'altra concezione della verità che non sembra accettabile nel contesto del processo è quella secondo cui la verità di un'asserzione deriverebbe dal consenso dei soggetti interessati[42]. Una posizione radicalmente relativistica di questo genere è criticabile da molti punti di vista[43], ma vale comunque l'osservazione di Ferrajoli per cui "nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi, può render vero ciò che è falso o render falso ciò che è vero"[44].

Nel contesto del processo la concezione "consensualistica" della verità per cui sarebbe vero ciò su cui ci si trova d'accordo, rileva da un punto di vista particolare, tutte le volte in cui si afferma –magari sulla base di apposite norme che prevedono questa eventualità- che la non contestazione di un fatto elimini la necessità di darne la prova. In sostanza, la non contestazione esprimerebbe il consenso delle parti su un fatto allegato, e ciò basterebbe ad eliminare la necessità di provarlo. Questo marchingegno risponderebbe ad esigenze di economia processuale, poiché dire che un fatto non contestato non ha bisogno di prova significa evitare le attività processuali che occorrerebbero qualora quel fatto dovesse essere provato[45]. Meccanismi di questo genere possono essere più o meno giustificabili a seconda

41 In argomento v. più ampiamente Taruffo, *op.ult.cit.,* p.36 ss., 67 ss.

42 Cfr. ad es, Vattimo, *Addio alla verità,* cit., p.25. Una posizione analoga è stata sostenuta anche da Richard Rorty, ma la sua tesi è stata duramente criticata da molti epistemologi: in argomento v. Taruffo, *op.ult.cit.,* p.75 ss., anche per ulteriori riferimenti.

43 Cfr. ad es. Marconi, *op.cit.,* p.57 ss.

44 Cfr. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* Roma-Bari 2007, p.215.

45 Sugli effetti della mancata contestazione dei fatti nel processo civile cfr. da ultimo Taruffo, in *La prova nel processo civile,* a cura di M.Taruffo, Milano 2012, p.33 ss.

dei casi, ma rimane evidente che essi si pongono in contrasto con l'esigenza che nel processo si accerti la verità dei fatti. Dire che un fatto non ha bisogno di essere provato perché non è stato contestato, sicchè il giudice dovrebbe "prenderlo per vero" anche se della verità di esso non si sa nulla, significa escludere che si possa ricercare ed accertare la verità della allegazione di quel fatto. Dunque questi meccanismi hanno una natura chiaramente *antiepistemica.* Tanto meno si può sostenere, come talvolta accade in giurisprudenza, che l'implicito accordo tra le parti che si realizza con la mancata contestazione esplicita e specifica della allegazione di un fatto, determini la verità di tale allegazione. L'accordo delle parti non determina nulla in termini di verità del fatto: non fa diventare vero una proposizione fattuale falsa, e non fa diventare falsa una proposizione fattuale vera[46].

## 4. Alcune distinzioni

L'esclusione delle concezioni coerentiste e consensualistiche della verità dall'ambito del processo costituisce una buona ragione aggiuntiva per adottare –come si è detto più sopra- una concezione realista della verità come corrispondenza delle proposizioni ai fatti concreti di cui esse parlano.

Con ciò, tuttavia, non si esauriscono i problemi relativi alla verità nel processo.

Occorre infatti sgombrare il campo da alcune confusioni che sono frequenti nei discorsi comuni intorno a questo tema, ma che rischiano di indurre in errore chi condivide questi discorsi.

a) Una prima comunissima confusione si fonda sull'idea secondo la quale nel processo sarebbe possibile conseguire solo una verità "processuale" o "formale", mentre fuori del processo si potrebbe giungere alla verità "vera" o "reale". Questa idea è però infondata, non essendo attendibile nessuno dei due elementi della distinzione che essa esprime. Da un lato, i sostenitori di tale distinzione parlano di una verità solo formale o processuale facendo leva sulla circostanza che nel processo esistono varie norme che regolano l'ammissibilità delle prove, la loro acquisizione, e talvolta anche il loro valore probatorio, ed esistono anche istituti come la cosa giudicata che impedirebbero una ricerca continua e indefinita della verità dei fatti. In proposito si può tuttavia osservare, anzitutto, che i processi non sono tutti uguali dal punto di vista della disciplina delle prove: vi sono processi che sono particolarmente

46 In proposito v. più ampiamente Taruffo, *op.ult.cit.*, p.44; Id, *La semplice verità,* cit., p.122 ss.

inefficienti quanto alla ricerca della verità (perchè vi si escludono molte prove rilevanti, perché i metodi di assunzione delle prove sono inefficaci, perché esistono norme di prova legale), e vi sono invece processi che favoriscono la ricerca della verità (perché tutte le prove rilevanti vengono ammesse, perché i metodi di assunzione delle prove sono efficaci in questo senso, e perché non vi sono norme di prova legale). Non è vero, dunque, che *sempre* la disciplina processuale delle prove impedisca la scoperta della verità dei fatti. Nulla impedisce, invero, che vi sia un processo epistemicamente efficiente, nel quale la verità "vera" dei fatti può essere accertata. Quanto al giudicato, si può osservare che esso non impedisce affatto la ricerca della verità: se la decisione ha stabilito la verità dei fatti, il giudicato non fa altro che rendere immutabile questo risultato[47].

Quanto al secondo elemento della distinzione, risulta semplicemente intuitivo che fuori dal processo si prendono moltissime decisioni avendo stabilito la verità di un fatto in maniera approssimativa, disponendo di informazioni limitate ed in breve tempo, e quindi con una base conoscitiva che può essere in larga misura più limitata o più incerta di quella che si potrebbe conseguire in un processo. Anche la verità extragiudiziale, quindi, può incontrare limiti di varia natura. Non va d'altronde dimenticato che è ormai un luogo comune tra gli epistemologi l'affermazione che anche la scienza è "fallibile" e non fornisce mai verità assolute e definitive, ma –nel migliore dei casi- verità relative alla quantità e alla qualità delle informazioni disponibili.

b) La seconda confusione di cui è opportuno liberarsi è quella per cui la verità di una proposizione equivarrebbe alla *certezza* intorno a ciò che la proposizione dice. Questa confusione è ricorrente nel linguaggio dei giuristi, e dei processualisti in particolare, i quali spesso usano espressioni come "certezza assoluta" e "certezza morale". Essa si elimina però facilmente osservando che –come si è detto più sopra- la verità di una proposizione è determinata dalla sua corrispondenza con i fatti di cui parla, mentre la certezza è uno stato psicologico, una convinzione soggettiva, una situazione in cui Tizio crede fermamente in alcunchè. E' però intuitiva la considerazione che si può essere (assolutamente o moralmente) certi di qualcosa che, invece, si rivela assolutamente falso. La ragione è che la certezza può nascere dalle fonti più diverse: da intuizioni, desideri, sentimenti, atti di fede, opinioni di un astrologo, spot pubblicitari, propaganda politica, e così via elencando, ma nulla di tutto ciò assicura la effettiva verità di ciò di cui si è certi. La certezza intorno a qualcosa

47 Questi argomenti sono svolti in maniera più estesa, e con riferimenti, in Taruffo, *op.ult.cit.,* p.83 ss., 144 ss.. Cfr. anche Ferrer Beltrán, *La valutazione razionale della prova,* Milano 2012, p.8 ss., 21 ss., 59 ss.

può anche essere assai profonda, ma la profondità di un convincimento errato non lo fa diventare vero[48].

## 5. Verità relativa

Fra i processualisti è abbastanza frequente la figura dell'*assolutista deluso*, ossia di colui che concepisce la verità come qualcosa di assoluto e, scoprendo che nel processo (come del resto in nessun altro campo di esperienza) non si conseguono verità assolute, precipita nello scetticismo radicale e conclude che –quindi- nessuna verità può essere scoperta, ed anzi non ha senso parlare della verità (nel processo come al di fuori di esso)[49]. Si tratta evidentemente di un atteggiamento del tutto privo di giustificazione, poiché l'impossibilità di conseguire verità assolute non implica affatto la negazione di ciò che accade tutti i giorni dentro e fuori del processo, ed anche nella scienza, ossia che si conseguano verità *relative.*

L'ovvia impossibilità che nel processo si acquisiscano verità assolute non rende tuttavia irrilevante, anche nel contesto processuale, il criterio della verità aletica di cui si è fatto cenno in precedenza, ossia il criterio della corrispondenza delle proposizioni fattuali ai fatti che descrivono. Come usa dire, *questa* verità "è il Nord", ossia un limite ideale[50] o un ideale regolativo che non si raggiunge nella pratica, ma che tuttavia è indispensabile per orientare nella direzione corretta le scelte –anche conoscitive- che si compiono nelle esperienze più diverse. Ciò vale anche nel processo: la verità come corrispondenza sicura e oggettiva delle proposizioni fattuali agli eventi concreti di cui si parla nel processo non può essere raggiunta in termini assoluti, ma essa orienta l'intero fenomeno della prova nel senso che la decisione finale sui fatti dovrà *approssimarsi* nella maggior misura possibile alla verità aletica intesa –appunto- come limite ideale.[51]

Questa idea si esprime comunemente dicendo che allora la verità che si consegue nel contesto del processo, non essendo assoluta, è *relativa.* Anche a questo proposito, però, è indispensabile un chiarimento. L'espressione "verità relativa" non può alludere, infatti, alle varie forme di relativismo filosofico *soggettivo* nelle

48 In argomento v. più ampiamente Taruffo, *op.ult.cit.,* p.85 ss.

49 Sulla figura dell'assolutista deluso cfr. Twining, *Some Skepticism,* cit., p.103 s.; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* cit., p.10, 153.

50 Cfr. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p.23.

51 Cfr. Ferrajoli, *op. e loc.ult.cit.;* Taruffo, *op.ult.cit.,* p.146 ss.

quali si afferma, in sostanza, che non esiste nessuna verità e che ogni soggetto ha la *sua* verità (con la conseguenza non irrilevante, ma paradossale, per cui nessuno, mai, è in errore)[52]. Si intuisce facilmente che nell'ambito del processo questa interpretazione dell'espressione sarebbe, nel migliore dei casi, priva di senso, e comunque del tutto inutile.

Nel processo, ed anche al di fuori di esso, il riferimento alla verità relativa viene invece correttamente compiuto in senso *oggettivo,* ossia per indicare che la proposizione fattuale di cui si tratta è vera in relazione alla quantità e alla qualità delle informazioni che la confermano[53]. In linguaggio giuridico, si può dire che l'accertamento dei fatti in giudizio è vero relativamente alla quantità e alla qualità delle prove che lo confermano. Se –come si è detto più sopra- si pensa ad un processo nel quale vengono escluse, per le ragioni più diverse, prove rilevanti, allora si avrà una situazione in cui la decisione sui fatti sarà scarsamente veritiera (o non sarà veritiera affatto se tutte le prove che potrebbero portare alla conoscenza dei fatti vengono escluse). La situazione ottimale è invece quella in cui tutte le prove rilevanti vengono ammesse ed effettivamente acquisite in giudizio, poiché in questo caso la conferma della veridicità di tale decisione sarà relativamente più elevata (la più elevata possibile), e si potrà massimizzare l'approssimazione ad una ricostruzione dei fatti corrispondente alla realtà[54].

La relatività e la natura approssimativa della verità che può essere accertata nel contesto del processo spiegano come mai si parli spesso, a questo proposito, della *probabilità* delle proposizioni relative ai fatti della causa[55]. L'argomento è assai complesso e meriterebbe una trattazione *ad hoc* che in questa sede non è possibile. Può però bastare un rapido cenno all'aspetto più importante del problema. Esso deriva sostanzialmente dal fatto che il termine "probabilità" è fortemente ambiguo, dato che esistono numerosi concetti di probabilità[56], e che quindi esistono anche accezioni diverse dell'affermazione per cui nel processo si consegue una verità "probabile". Una di queste accezioni ha avuto e continua ad avere una certa fortuna (soprattutto nella dottrina nordamericana, ma anche altrove e pure in Italia): essa afferma che il ragionamento probatorio

52 In argomento v. l'ampia analisi critica di Marconi, *op.cit.,* p.50 ss.. V. anche D'Agostini, *Intoduzione,* cit., p.217 ss.

53 Si tratta di un principio epistemico generale, su cui v. l'analisi di Susan Haack, *Defending Science – within reason. Between Scientism and Cynicism,* Amherst, NY, 2007, p.64 ss.

54 In argomento v. da ultimo Ferrer Beltrán, *op.cit.*, p.61 ss., anche per ulteriori riferimenti.

55 Sulle concezioni probabilistiche della verità v. in generale D'Agostini, *Introduzione,* cit., p.171 ss.

56 V. da ultimo Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.89 ss., ed anche Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* cit., p.166 ss., 199 ss.

è interpretabile nei termini del calcolo della probabilità quantitativa, ed in particolare con l'applicazione del "teorema di Bayes", sicchè il grado di conferma che le prove attribuiscono ad una proposizione fattuale sarebbe determinabile matematicamente e verrebbe espresso con una cifra percentuale[57]. Una difficoltà difficilmente superabile nasce però dal fatto che nel processo non accade quasi mai che si abbia a che fare con elementi di prova o con dati ed informazioni correttamente quantificabili con l'assegnazione di espressioni numeriche. Ciò implica che quasi mai sia davvero calcolabile la probabilità quantitativa di una conclusione relativa ad un fatto della causa[58].

La conseguenza è che *questa* concezione della probabilità non è idonea ad interpretare il ragionamento con cui nel processo si giunge a determinare il grado di attendibilità di una proposizione fattuale. E' invece idonea a questo scopo la *probabilità logica*, ossia la concezione della probabilità che non opera con numeri ma si riferisce alla struttura logica delle inferenze per mezzo delle quali, muovendo dalle informazioni probatorie disponibili, si giunge alla conferma di conclusioni intorno alla verità o falsità delle proposizioni relative ai fatti della causa[59]. In questa prospettiva si chiarisce che le prove forniscono un *grado di conferma* più o meno elevato (in relazione –come si è detto- alla quantità e qualità delle prove disponibili), e che questo grado di conferma è il risultato conclusivo di una inferenza o di una catena di inferenze logicamente strutturate e logicamente controllabili[60].

Rimane dunque giustificato dire che la verità delle proposizioni relative ai fatti della causa è relativa alle prove che ne danno conferma, ma occorre considerare che questo esito si consegue attraverso l'impiego di metodi logicamente ed epistemologicamente validi.

## 6. Standard di prova

Se nel processo, come si è detto, "vero" significa "provato", ossia "confermato dalle prove, rimane tuttavia il problema di stabilire quando è possibile dire che

57 In argomento v. Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.95 ss.; Taruffo, *op.ult.cit.,* p.168 ss.

58 Cfr., anche per numerosi riferimenti, Ferrer Beltrán, *ibidem*; Taruffo, *op.ult.cit.,* p.191 ss.

59 In argomento v. da ultimo Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.121 ss.; ed inoltre Taruffo, *op.ult.cit.,* p.199 ss.

60 Per una interessante applicazione di questi concetti cfr. Gonzáles Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción,* Lima-Bogotá 2005, p.53 ss.. In argomento v. anche Taruffo, *La semplice verità,* cit., p.207, 209 ss.

una proposizione fattuale si considera provata sulla base delle prove che la confermano. Il problema si pone in quanto può accadere: a) che le prove acquisite al giudizio non consentano di trarre alcuna conclusione significativa sulla verità o falsità di una proposizione fattuale; b) che le prove acquisite al giudizio in realtà confermino la falsità di tale proposizione; oppure: c) che le prove confermino la verità della proposizione, ma ad un grado limitato, non sufficiente perché si possa concludere che si tratta di una accettabile approssimazione alla verità aletica di essa. E' allora necessario far capo a criteri o standard in funzione dei quali si possa dire che il grado di conferma probatoria di una proposizione è tale da giustificare la conclusione per cui essa può considerarsi provata, e quindi vera.

Talvolta lo standard di prova viene formulato dalla legge, come accade nell'attuale art.533 cod.proc.pen., in ragione del quale il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio"[61]. Questa formula, che ripete quella della prova della colpevolezza *beyond any reasonable doubt* della giurisprudenza nordamericana[62], intuitivamente suggerisce che perché si possa avere una sentenza di condanna la colpevolezza dell'imputato deve aver ricevuto dalle prove un grado di conferma particolarmente elevato, e che quindi non qualunque prova sia sufficiente a giustificare la condanna. Tuttavia lo standard in esame non è facilmente definibile. Da un lato, nulla di significativo risulta in proposito dalla giurisprudenza delle corti americane, dato che la giuria non motiva il suo *verdict* e quindi non è possibile sapere in che modo venga davvero interpretato ed applicato lo standard che il giudice indica nelle sue *instructions*[63]. Dall'altro lato, risultano inutili, quando non evidentemente assurdi, i tentativi di quantificare il livello di prova che appare necessario per evitare il dubbio ragionevole, o di quantificare lo stesso dubbio ragionevole, tentativi che si fondano su qualche idea di "alta probabilità" della colpevolezza[64] o addirittura sul livello di tollerabilità dell'errore insito nel condannare un innocente a fronte dell'eventualità di assolvere un certo numero di colpevoli[65]. Se, tuttavia, il dubbio ragionevole non può essere quantificato[66],

61 Sulla necessità di far capo a questo criterio cfr. in particolare Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime,* III ed., Milano 2003, p.116 ss., 195 ss.

62 In proposito cfr. Stella, *op.cit.,* p.154 ss.

63 Cfr. in particolare Laudan, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology,* Cambridge 2006, p.33 ss., 51 ss.

64 Cfr. Laudan, *op.cit.,* p.44 ss.

65 Cfr. ancora Laudan, *op.cit.,* p.63, 79 ss.

66 Appare privo di senso, in particolare, il criterio per cui la prova della colpevolezza dovrebbe raggiungere almeno il 95% (non si sa di che cosa), con la conseguenza che sarebbe ragionevole un dubbio equivalente a più del 5% (non si sa di che cosa). Del tutto inutile, poi, sarebbe il far capo

occorre individuare qualche significato accettabile dello standard in questione che non faccia capo a calcoli probabilistici. Una proposta interessante a questo riguardo è nel senso che si ha un dubbio ragionevole, a fronte di una ipotesi di colpevolezza che risulta provata, se però è possibile formulare un'altra ipotesi plausibile che consente di spiegare gli stessi fatti che risultano provati, ma che è compatibile con l'innocenza dell'accusato[67]. Questa proposta evita qualunque quantificazione arbitraria e consente di attribuire un significato razionale all'espressione "dubbio ragionevole", impedendo la condanna quando l'innocenza dell'accusato non può essere esclusa sulla base dei fatti che sono stati provati.

Nel processo civile non vi sono standard analoghi a quello del dubbio ragionevole, e ciò rende più difficile la determinazione del grado di conferma probatoria che occorre perché una proposizione fattuale si intenda provata, e quindi possa essere considerata come "vera". Ciò non implica tuttavia che uno standard oggettivo non sia identificabile, e che quindi la soluzione del problema debba essere lasciata all'arbitrio soggettivo del giudice. In mancanza di standard legali, infatti, si può ricorrere all'applicazione di uno standard razionale: esso è quello della c.d.*probabilità prevalente,* o del *più probabile che no*, che in qualche modo echeggia la formula nordamericana della *preponderance of evidence.* In estrema sintesi, e semplificando situazioni che possono presentare una notevole complessità[68], lo standard dice che di fronte ad una ipotesi fattuale che ha un certo grado di conferma probatoria (determinato dalle inferenze di cui si è parlato in precedenza), questa ipotesi va preferita se ha un grado di conferma probatoria più elevato di quello dell'ipotesi contraria (e di ogni altra ipotesi possibile se altre ipotesi possono essere formulate). La razionalità dello standard sta nel fatto che di fronte ad una ipotesi e all'ipotesi contraria, sarebbe irragionevole preferire l'ipotesi che ha un grado di conferma probatoria *inferiore:* questa ipotesi implica infatti una approssimazione senza dubbio insufficiente alla verità aletica dei fatti, dato che una migliore approssimazione è offerta dall'ipotesi "più probabile". In questo modo si esclude sia l'eventualità che si prenda per vera un'ipotesi falsa, sia la possibilità che si prenda per vera un'ipotesi che ha ricevuto dalle prove una conferma debole, poiché in questo caso sarebbe più probabile l'ipotesi contraria.

Il discorso su entrambi gli standard probatori ora sinteticamente richiamati dovrebbe essere assai più esteso ed approfondito, data l'estrema importanza

a criteri puramente soggettivi, relativi alla profondità del convincimento del giudice rispetto alla colpevolezza dell'imputato: cfr. Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.149 ss.

67 Cfr. Ferrer Beltrán, *op.cit.,* p.153 ss.

68 Su queste situazioni cfr. Taruffo, *La semplice verità,* cit., p.222 ss.

dell'argomento, ma ciò non è possibile in questa sede. Sembra tuttavia rilevante il richiamo a questi standard, e ai problemi che essi suscitano, poiché è in funzione della loro corretta applicazione che si determina l'accertamento della verità nel processo.

# El descubrimiento de la verdad y la regla de la proporcionalidad

## Discovering truth and the rule of proportionality

*Linda S. Mullenix*[1]
*Universidad de Texas*
*Estados Unidos*

*Traducción*
*Dimaro Alexis Agudelo Mejía*[2]
*Universidad de Medellín*
*Colombia*

## Resumen

El derecho procesal en el sistema legal de los Estados Unidos se caracteriza por un conjunto único de atributos que los comentaristas han llamado "el excepcionalismo estadounidense". Las características de este excepcionalismo procesal incluyen el sistema de notificación de las demandas, el descubrimiento de los hechos, la financiación de los litigios

1 Morris & Rita Atlas Chair in Advocacy, Escuela de Derecho de la Universidad de Texas. E. mail. lmullenix@law.utexas.edu.

2 Docente de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigador adscrito al Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. E.mail: dagudelo@udem.edu.co

y los honorarios de abogados, la abogacía empresarial, los litigios de acciones colectivas, el papel del juez, las indemnizaciones por daños, las normas sobre la prueba, la asignación de cargas probatorias, la cosa juzgada y el derecho a un juicio por jurado. El principio adversarial es una premisa fundamental del sistema de justicia civil estadounidense, que postula que la verdad emerge cuando los adversarios representan rigurosamente los intereses de sus clientes. El mecanismo central del procedimiento para la aplicación de este principio adversarial es el sistema estadounidense de descubrimiento, en gran parte desconocido y repudiado por la mayoría de los sistemas *civil law*. Este artículo aborda el principio fundamental estadounidense que, a través de la persecución del descubrimiento por parte de los adversarios, la verdad de un asunto litigado emergerá y triunfará. Contra esta propuesta, el artículo analiza la regla opuesta de la "proporcionalidad", que impone límites a los descubrimientos sin restricciones. El artículo plantea la cuestión de si en un sistema limitado por la regla de la proporcionalidad, la verdad puede surgir como consecuencia del descubrimiento en el litigio.

**Palabras clave:** Sistema legal de los Estados Unidos, Proporcionalidad, descubrimiento en el litigio.

# Abstract

The American legal system of procedural justice is characterized by a unique set of attributes commentators have labeled "American exceptionalism." Characteristics of American procedural exceptionalism include the notice system of pleading, fact discovery, litigation financing and attorney fees, entrepreneurial lawyering, class action litigation, the judge's role, punitive damages, evidentiary standards, allocation of burdens of proof, res judicata, and the right to trial by jury. The adversary principle is a foundational premise of the American civil justice system, which posits that the truth will emerge when adversaries rigorously represent the interests of their clients. The central procedural mechanism for implementing this adversary principle is the American system of discovery, largely unknown and repudiated by most *civil law* systems. This article discusses the fundamental American principle that, through the adversarial pursuit of discovery, the truth of a litigated matter will emerge and triumph. Against this proposition, the article analyzes the competing rule of "proportionality" which imposes limits on unfettered discovery. The article posits the question whether, in a system constrained by a rule of proportionality, the truth can emerge as a consequence of litigant discovery.

**Key Words:** The American legal system, Proportionality, Of litigant discovery.

# Introducción

Los abogados de los Estados Unidos, juristas y académicos, a menudo, para la consternación y desconcierto de sus colegas del *civil law*, pregonan la superioridad del sistema procesal de ese país en los litigios de derecho civil[3]. En este recitado comentario, los abogados estadounidenses apuntan a numerosas características que distinguen este procedimiento, del procedimiento en los sistemas *civil law* de otros países alrededor del mundo[4].

Las características distintivas del proceso civil estadounidense son bien conocidas, y con frecuencia contrastadas, en paralelo con la falta de esos atributos en los sistemas *civil law*. Además, desde la promulgación de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de 1938, las normas procesales civiles estadounidenses han previsto la notificación de las demandas. Esta institución puso fin a una onerosa época anterior de establecimiento de los hechos, y marcó el comienzo, en casi setenta años, de estándares de notificaciones a través de los tribunales federales y estatales[5]. Otras características muchas veces mencionadas y muy destacadas del procedimiento estadounidense son el descubrimiento de los hechos y el descubrimiento por expertos, la financiación del litigio y los honorarios de los abogados, la abogacía empresarial, las acciones colectivas, el papel del juez, el reconocimiento de indemnizaciones por daños, los estándares probatorios, la asignación de cargas de la prueba, la cosa juzgada, las reconocidas doctrinas y el derecho a un juicio por jurado[6].

Además, en las descripciones de los litigios civiles estadounidenses, también se destacan, en términos generales, la tendencia al litigio de su sociedad, en contraste con la mayoría de culturas en todo el mundo. Ello, sin embargo, en lugar de ser visto como algo socialmente negativo, los defensores del sistema legal estadounidense a menudo le dan una nueva orientación considerando que esa tendencia es un bien social. Además, en esta narrativa, el débil sistema regulatorio de Estados Unidos es equilibrado por un sistema robusto de "abogados

3 *Ver, por ejemplo,* Marcus, R. (2014) (destacando el excepcionalismo procesal estadounidense como una función única de este país para los litigios civiles, caracterizado por la informalidad de los memoriales, el amplio descubrimiento y el juicio por jurados).

4 Mullenix, 2010

5 *De manera representativa:* Ashcroft v. Iqbal, 556 US 662 (2009) y Bell Atlantic Corp. contra Twombly, 550 US 544 (2007) (que rechaza el régimen implementado en la sentencia *Conley contra Gibson*, 355 U.S. 41 (1957).

6 *Ver* Mullenix (2001) (Describiendo las distintas características del derecho procesal de los Estados Unidos y contrastando con los sistemas *civil law*).

privados generales" que reivindican los derechos de los pobres, los marginados y de las personas que, de una u otra forma, son incapaces de defenderse contra demandantes temerarios que causan daños generalizados.

El sistema procesal civil estadounidense se basa en un concepto fundamental de "adversarialidad", una teoría diferente al principio de "adversarialidad" del derecho continental o civilista[7]. A diferencia de los sistemas *civil law* que confían en un juzgador inquisitorial la dirección de una investigación a fin de determinar los hechos y la verdad de un asunto, el litigio civil en los Estados Unidos confía en el sistema adversarial de justicia para buscar y encontrar la verdad. Así, en el litigio civil de este país, la función de búsqueda de la verdad recae sobre las partes adversariales –representadas por sus abogados– para desentrañar y descubrir la verdad del asunto en disputa[8].

El principio central del concepto de justicia adversarial estadounidense –de hecho, la doncella de la justicia adversarial– es el sistema único del descubrimiento que es desconocido, y ampliamente resistido en el resto del mundo[9]. Como es bien sabido por todos los abogados estadounidenses, el sistema de descubrimiento de la notificación de la demanda en los Estados Unidos es la consecuencia del régimen liberal de 1938. Las Reglas Federales exponen detalladas disposiciones para varias técnicas de descubrimiento, y estos mecanismos se fundamentan en la premisa de que el demandado no conocerá todos los hechos relacionados con la disputa al tiempo en que el demandante presente la demanda. Por lo tanto, los procedimientos de

7 Ver por ejemplo EU, Commission Recommendation (2013) (que preserva el principio de adversarialidad del *civil law*, que requiere de la manifestación de interés para participar en los procesos colectivos en los Estados Unidos). A diferencia del concepto americano de adversarialidad, en los países del *civil law*, en cambio, se utiliza la noción de debido proceso, donde cada litigante tiene derecho a confrontar a su adversario en el tribunal; este concepto es más parecido al concepto americano de "day in court".

8 Esto, por supuesto, asume que hay una cierta "verdad" objetiva, platónica o kantiana, de una cuestión que debe ser indagada por el investigador de los hechos. Como numerosos filósofos, novelistas y el cine nos han enseñado, lo que constituye la "verdad" puede ser inefable, difícil de alcanzar, y en última instancia, incognoscible. O bien, puede haber muchas "verdades" de un asunto. El problema de hacer frente a la "verdad" en el contexto de un litigio civil adolece de estas mismas cuestiones. No obstante, la jurisprudencia estadounidense muchas veces con arrogancia se refiere ala función de la búsqueda de la verdad en el proceso. Ver, por ejemplo, Sorenson, (1995) ("Este artículo, al igual que la mayoría de las discusiones sobre el sistema de justicia civil, supone que el objetivo principal del sistema, incluyendo el descubrimiento, es la averiguación de la verdad o la exactitud sustantiva", citando fuentes).

9 La Comisión de Recomendaciones (*EU Commission Recommendations)* insistía en que ninguna acción colectiva presentada por los Estados miembros incluye o provee el descubrimiento de estilo civil estadounidense.

descubrimiento permiten a los litigantes, literalmente, "descubrir" los hechos y la información relativa al litigio después de la iniciación del proceso.

Más aún, un principio fundamental de la justicia civil estadounidense es la premisa de que a través de los rigurosos esfuerzos de los verdaderos adversarios (es decir, los abogados opuestos), la "verdad" surgirá y prevalecerá. Así, en contraste con la mayoría de los sistemas *civil law*, la investigación y la función de búsqueda de la verdad recae en los abogados adversarios en el litigio y no en los funcionarios judiciales. En la mayoría de los litigios, en materia civil, el funcionario judicial juega solo un papel menor o insignificante en el desarrollo de una acción para su enjuiciamiento. Por lo tanto, el descubrimiento civil es iniciado y controlado por las partes, y conducido casi en su totalidad por fuera de los auspicios de los tribunales. La única vez en que un funcionario judicial puede verse involucrado en el proceso del descubrimiento civil se da cuando surge un desacuerdo entre las partes sobre el cumplimiento de una solicitud de descubrimiento.

A pesar de las nobles premisas, ya mencionadas, del sistema legal estadounidense de la búsqueda de la verdad basada en el principio adversarial, en la realidad ese sistema legal es altamente pragmático. Mientras que los actores de la arena legal rinden homenaje a la función de la búsqueda de la verdad en la profesión, lo que ocurre realmente es que el sistema de descubrimiento, en la forma como está implementado, es un garante imperfecto de la búsqueda o hallazgo de la verdad. Más bien, el proceso de descubrimiento estadounidense es a menudo un medio para otros fines; por ejemplo, a una disputa, una solución prejudicial y de común acuerdo. Como es bien sabido, apenas algunos casos en Estados Unidos se tramitan a través de un juicio con jurado; y, prácticamente en todos los acuerdos, el demandado se niega a reconocer la solución de cualquier responsabilidad o irregularidad; por esto, en los acuerdos acomodados, difícilmente puede decirse que se ha encontrado la verdad del asunto.

Este artículo aborda dos puntos simples sobre la denominada función de la búsqueda de la verdad en el sistema adversarial de litigios civiles de Estados Unidos. En primer lugar, el artículo explora la disonancia entre la retórica exaltada que subyace al principio adversarial, y contrasta esta retórica con la realidad pragmática de cómo el descubrimiento civil en realidad funciona como un proveedor de verdad. Sin duda, es cierto que en algunos casos el proceso de descubrimiento logra establecer las verdades fácticas que habilitan a las partes para buscar un pronunciamiento del juez antes del juicio[10], pero, como se discutirá,

10 *Ver* Regla Federal de Procedimiento N.° 56, cuyo procedimiento sumario permite a un tribunal emitir un fallo en un asunto de derecho, cuando la evidencia presentada ante el tribunal —en gran parte como resultado del descubrimiento— demuestra que no existe una auténtica cuestión material de hecho y, por tanto, el peticionante tiene derecho a un fallo sobre una cuestión de derecho.

el descubrimiento civil no se produce en un sorprendente número de demandas rutinarias y, por tanto, no realiza en absoluto, ninguna función de búsqueda de la verdad. En otros casos, un descubrimiento civil limitado puede ocurrir antes de que una parte se rinda por razones distintas a una verdad que emerge a través del proceso de descubrimiento[11]. En otros casos complejos, los adversarios pueden desplegar estratégicamente el descubrimiento, no para fines de búsqueda de la verdad, sino por razones tácticas para obstruir o retrasar las revelaciones incómodas, o para persuadir a las partes a llegar a un acuerdo. Mientras que los litigantes pueden conducir el descubrimiento por razones de búsqueda de la verdad, en realidad a las partes les puede importar menos el hallazgo de la verdad que la solución del litigio, sin incurrir en cargas adicionales como el costo, la duración, el acoso o la vergüenza.

En segundo lugar, en los últimos años las reglas federales de descubrimiento han sido modificadas para incorporar un principio de "proporcionalidad" que limita o restringe a las partes que están tratando de llevar a cabo un descubrimiento ilimitado o indefinido[12]. En general, el principio de proporcionalidad exige a los tribunales equilibrar las necesidades de la parte que solicita la información, con las cargas y los gastos de la parte demandada en la producción de la información solicitada. En este equilibrio, cualquier solicitud de descubrimiento tiene que ser proporcional a las cargas y los gastos previstos[13]. En la actualidad, el Comité Asesor sobre Reglas Civiles está considerando un conjunto de enmiendas que podrían incluir el principio de proporcionalidad en la definición del alcance

11 Kakalik, J. S.; Hensler, D.R.; McCaffrey, D.; Oshiro, M.; Pace, N.M. & Vaiana, M.E. (1998) (que evalúa el trabajo de la Corporación RAND sobre las reformas de 1993, donde se encontró que bajo ese conjunto de Reglas, las horas de trabajo de los abogados fue de 0 a 38 % en casos civiles en general, y bajo para la mayoría de los casos); *ver también id*. en 640 (tabla2.10 muestra que, si bien los costos de descubrimiento crecen con el tamaño y la complejidad del caso, la proporción de los costos totales que representan no aumenta de manera significativa; el porcentaje medio de horas de descubrimiento para la parte inferior del 75 %, superior al 25 %, y superior al 10 %de los casos por las horas trabajadas, fueron de 25 %, 33 % y 36 % respectivamente); Willging, T.E.; Stienstra, D; Shepard, J. & Miletich, D. (1998) (que menciona que bajo las enmiendas de 1993, la proporción media de los costos de descubrimiento fue del 3 %, y la proporción de los costos del litigio atribuible a problemas con el descubrimiento fue de alrededor 4 %); Mullenix, L.S. (1994) (que critica fuertemente la prueba testimonial llamada "ciencia social blanda" usada por los creadores detrás de las reformas de 1993, mientras observa que los hallazgos de los estudios empíricos no soportan las reformas); Mullenix, L.S. (1998).

12 *Ver por ejemplo,* Wright, Miller & Marcus (2010) ("Los jueces, con relativa frecuencia, limitan o prohíben el descubrimiento cuando el costo y la carga parecen ser mayores que el beneficio probable en la producción de las pruebas").

13 La Comisión de los Estados Unidos ha respaldado de manera similar un principio de proporcionalidad, para cualquier acción colectiva instituida por los Estados miembros. *Ver supra* n. 5.

admisible del descubrimiento[14]. La propuesta de esta expansión teórica del principio de proporcionalidad ha incitado un debate considerable de parte de los litigantes y de la comunidad académica[15].

Ya sea que la nueva propuesta relativa a la regla de proporcionalidad sea promulgada o no, existen principios de proporcionalidad incorporadas en las reglas estadounidenses de descubrimiento[16]. Estas reglas de proporcionalidad son otra manifestación del pragmatismo estadounidense, más que una preocupación teorética sobre los primeros principios concernientes a la búsqueda de la verdad. Las Reglas de Proporcionalidad son el resultado, principalmente, de los esfuerzos de las grandes corporaciones y otras entidades comerciales que están sujetas a onerosas solicitudes de descubrimiento; las Reglas de Proporcionalidad aportan un medio para buscar alivio judicial a las solicitudes de descubrimiento gravosas o inaceptables[17].

En este sentido, la existencia de las Reglas de Proporcionalidad en el descubrimiento civil estadounidense plantea la interesante cuestión teorética de si es incluso posible hablar de la función de la búsqueda de la verdad en el sistema adversarial, tal como se aplica a través de sus mecanismos de descubrimiento. Así, este artículo plantea la cuestión central de si la búsqueda y el descubrimiento de la "verdad" deben ser la función de la regla de la proporcionalidad. ¿Hay algún límite cuantitativo dentro de lo cual la verdad de un asunto existe y puede ser encontrada, –lo cual justifica la regla de la proporcionalidad– o la verdad puede ser eludida mediante el uso de una regla de proporcionalidad que limita artificialmente la

14 Borrador Preliminar de Propuestas de Enmiendas a las Reglas Federales de Bancarrota y de Procedimiento Civil. (Agosto de 2013), http://www.uscourts.gov/uscourts/rules/preliminary-draft-proposed-amendments.pdf (último acceso en Mayo 28, 2013). Las enmiendas propuestas modificarían las Reglas Federales de Procedimiento Civil: 26, 30, 31, 33, 34, 36 y 37.

15 *Ver por ejemplo,* Transcripciones a las audiencias públicas en el Borrador Preliminar de la Propuesta de Enmienda a las Reglas Federales de Bancarrota y de Procedimiento Civil, llevadas a cabo en Washington D.C. Noviembre 7, 2013; Phoenix, Arizona en enero 9, 2014; y en Dallas, Texas en febrero 7, 2014. Disponibles en: http://www.uscourts.gov/RulesAndPolicies/rules/proposed-amendments.aspx (Último acceso: mayo 28, 2014). El Comité Asesor ha recibido numerosos comentarios escritos relacionados con la propuesta de enmiendas a las Reglas de descubrimiento.

16 *Ver por ejemplo*, Regla Federal de Procedimiento Civil 26 (b) (2) (C) (iii), indicando que una Corte puede limitar la frecuencia o la extensión de un descubrimiento si se determina que "la carga o los gastos del descubrimiento propuesto pesa más que las necesidades del caso, el tamaño de la controversia, los recursos de las partes, la importancia del asunto y la importancia del descubrimiento para resolver los conflictos."

17 *Ver por ejemplo*, Favro, P. (2013), disponible en: http://www.insidecounsel.com/2013/01/22/ proportionality-the-key-to-reducing-corporate-e-di?page=1 (ultimo acceso: mayo 28, 2014).

función de la búsqueda de la verdad? ¿Y, si la verdad de un asunto se encuentra en algún lugar más allá de lo que la regla de proporcionalidad le permite descubrir al buscador de la verdad? ¿Es la premisa del sistema adversarial norteamericano –en la cual a través de los rigurosos esfuerzos de las partes opuestas la verdad emergerá– una construcción altruista pero a la vez quimérica? En el análisis final se aborda la pregunta ¿El pragmatismo procesal al estilo de los Estados Unidos supera la excepcional retórica de la búsqueda de la verdad?

## 1. La función de la búsqueda de la verdad en los procesos civiles de los Estados Unidos y la tensión con el principio de justicia adversarial

Los estudiantes de Derecho estadounidenses están imbuidos en la noble retórica que se enseña de que la distinguida (y brillante) característica del sistema legal estadounidense es su premisa adversarial, donde el objetivo principal de este sistema acusatorio es la averiguación de la verdad[18]. En este sentido, es a través de los celosos esfuerzos de los abogados opuestos que "la verdad surgirá". Además, dentro de esta construcción jurídica, el principal motor para lograr esta meta de la búsqueda de la verdad es el sistema único norteamericano del descubrimiento civil, promulgado por los creadores de las Reglas en 1938.

La concepción americana de su sistema adversarial es, a menudo, descrita en contraste con los sistemas inquisitoriales del *civil law*, donde el juez tiene el papel principal, dominante en la investigación de un litigio ante el tribunal. En cambio, el sistema adversarial estadounidense es frecuentemente definido por ciertos atributos fundamentales que son ajenos a muchos regímenes del *civil law*[19]. Así, el litigio es iniciado y conducido por las partes; las partes (más que las Cortes) llevan la carga de desarrollar y resolver en definitiva el caso; esto incluye el concepto de que las partes por sí mismas expondrán y reducirán los problemas, descubrirán los hechos relevantes, presentarán las pruebas y los argumentos, atacarán las pruebas del oponente, y negociarán acuerdos. Además, a diferencia del sistema legal continental, bajo la "regla estadounidense" de la financiación de los litigios, cada parte pagará sus propios costos[20].

18 Sorenson, Ch. W. (1995), *supra* n. 6 (citando múltiples fuentes para esta afirmación).

19 Sorenson, Ch. W. (1995) en 692.

20 Con excepción de unas pocas circunstancias, el sistema legal estadounidense no opera bajo la base de "el que pierde paga" o de reconocimiento de gastos a la contraparte.

El paradigma adversarial también postula, haciéndose cargo de estas funciones, que los abogados actúan como tales, y rigurosamente protegen y alcanzan los intereses de sus clientes. Más aún, en este sistema adversarial de justicia, el tribunal actúa como árbitro neutral que "asegura que el resultado será aceptado socialmente porque se percibe como justo"[21]. Como ha sugerido un académico, al comparar el sistema adversarial americano con regímenes del *civil law*, el proceso adversarial americano, se supone, conduce a la solución de controversias de manera más eficiente y justa que la que puede lograrse en virtud de un sistema alternativo en el que el tribunal es mucho más activo en la dirección del curso del proceso[22].

Dentro del contexto de este paradigma adversarial, los legisladores federales, en la década de 1930, trataron de crear un sistema uniforme de normas de procedimiento que aplicarían ampliamente a lo largo de la judicatura federal. Como varios historiadores legales han explicado, la promulgación de las Reglas Federales de Procedimiento Civil en los Estados Unidos buscaba como fin cumplir múltiples objetivos. Lo más importante dentro de estas metas era cambiar el énfasis del sistema de justicia civil de un concepto de guerra de "gladiadores" inspirado en el paradigma de la justicia adversarial, donde los abogados contrarios participaban en una especie de combate mortal para defenderse de su enemigo a través de una astucia sin restricciones[23]. Hasta la promulgación de las nuevas normas, el paisaje del litigio era dominado por una "teoría deportiva de la justicia", en la que los abogados buscaban hacer prevalecer a través de prácticas estratégicas, los fallos anticipados, el ocultamiento de la información, y el llamado "juicio por emboscada", es decir, la revelación sorpresa de la evidencia condenatoria aducida en el juicio, pero no de antemano[24].

El propósito fundamental de las normas de 1938 era, entonces, cambiar el paradigma imperante del litigio del concepto gladiatorio, y en su lugar, sustituirlo por un nuevo régimen que sirviera a los fines establecidos en la regla 1: alcanzar la resolución justa, rápida y eficiente de todas las acciones civiles[25]. Con este fin, las normas de1938 promulgaron varias disposiciones centrales destinadas a lograr este cambio hacia un nuevo paradigma litigioso, concretamente, la notificación de

21 Sorenson, Ch. W. (1995), supra n. 6 en 692.

22 Sorenson, Ch. W. (1995)

23 Sorenson, Ch. W. (1995) en 690.

24 Sorenson, Ch. W. (1995)

25 *Ver:* Regla Federal de Procedimiento Civil 1.

las demandas[26], el descubrimiento liberal[27], las reglas liberales de acumulación de acciones[28] y el repudio a los requerimientos técnicos en las solicitudes[29].

Además, las reglas establecieron que las demandas debían ser interpretadas "a fin de hacer justicia"[30], y eliminaron los mecanismos procesales arcaicos como las excepciones previas. De esta manera, el propósito general de las nuevas reglas de las demandas y de los mecanismos procesales era asegurar que la ejecución judicial de los tecnicismos legales no destruyera la capacidad del sistema judicial para alcanzar una evaluación y una decisión sobre los asuntos de fondo de un caso. La creación de un régimen liberal de reclamaciones, con el fin de mitigar las duras consecuencias de los defectos técnicos de las demandas, hizo necesaria la creación de un universo paralelo de los procedimientos de descubrimiento. El propósito de la notificación de la demanda era simplemente dar noticia a la parte contraria de que estaba siendo demandada por algún motivo; estas reglas no exigían que el demandante expusiera de manera detallada los hechos que soportaban su reclamación. De ahí, dado que al demandante no se le exigía cumplir con un estándar fáctico al presentar su demanda, los litigantes entendieron que el desarrollo de los hechos del caso seguiría después de una acción presentada ante la Corte.

Sin embargo, la promesa de un nuevo régimen liberal de reclamaciones llevaba consigo un valioso principio que exigía la divulgación completa de la información de las partes, después de la presentación de una demanda. Los creadores de las reglas, entonces, visualizaron un tipo de cooperación en la búsqueda de la verdad, por parte de los actores, en el ámbito del litigio. Un comentarista ha señalado las intenciones esperanzadoras de estos creadores de reglas:

> En ese momento, las Reglas Federales, en general, y las disposiciones del descubrimiento, en particular, eran vistas como el cambio de la filosofía de toda confrontación adversarial y de prácticas poco ortodoxas, aunque no ilegales, en todas las etapas de litigio, en beneficio de la economía, la eficiencia y la justicia. A través del intercambio cooperativo de información, el descubrimiento fue pensado para restringir asuntos que resultaban en disputa, igualar el conocimiento entre las partes acerca de la prueba, eliminar el

26 Regla Federal de Procedimiento 8.

27 Regla Federal de Procedimiento 26 - 37.

28 Regla Federal de Procedimiento 18, 20, 24.

29 Regla Federal de Procedimiento 7 - 8.

30 Regla Federal de Procedimiento 8 (e).

> engaño o la sorpresa en el juicio y, como resultado, aumentar la probabilidad de que la justicia pudiera ser eficientemente alcanzada, tanto durante la negociación previa al juicio como en el juicio mismo[31].

Al impulsar la completa y cooperativa divulgación de la información, las disposiciones sobre el descubrimiento tenían por objeto transformar el proceso de un litigio como juego de niños "a las escondidas", a un juego de niños de "mostrar y contar". Más aún, la creación de las disposiciones del descubrimiento pretendía operar dentro del contexto del sistema adversarial, para servir como una especie de control sobre las formas de astucia extremas[32].

A pesar de las aspiraciones de los legisladores de 1938, la consiguiente implementación de estos procedimientos de descubrimiento pronto entró en conflicto con el principio fundamental que anima el sistema legal estadounidense: el principio adversarial[33]. Aunque hay alguna evidencia que indica que consiguientemente a la promulgación de las nuevas Reglas federales de Procedimiento, hubo un período de descubrimiento cooperativo y de resolución pacífica de conflictos, los académicos del Derecho han documentado cómo el principio adversarial prevaleció para fomentar el retorno a la astucia en los litigios, lo que correlativamente minó el objetivo retórico declarado de la búsqueda de la verdad en el proceso[34]. Por una serie de diferentes razones, los abogados trastornaron el modelo buscando obtener ventaja en el litigio, lo que a su vez impulsó dos tipos de abuso del descubrimiento: el "descubrimiento excesivo" y la resistencia a las peticiones legítimas de descubrimiento[35].

El descubrimiento excesivo generalmente describe situaciones en las que una parte solicitante utiliza diferentes mecanismos de descubrimiento para cargar

31 Sorenson, Ch. W. (1995) *supra* n. 6 en 690-91.

32 Sorenson, Ch. W. (1995) en 691.

33 Sorenson, Ch. W. (1995) en 691-92 ("De hecho, el sistema de descubrimiento creado por las Reglas Federales en 1938, fue diseñado específicamente para operar dentro de las estructuras básicas del sistema adversarial, a la vez que servía como un control de ese sistema. Sin embargo, los objetivos declarados del descubrimiento reñían con la psicología fundamental y la estructura del sistema adversarial, dando lugar a una tensión fundamental que podría causar que los objetivos del descubrimiento puedan verse comprometidos").

34 Sorenson, Ch. W. (1995) at 693-97. Sorenson sugiere que el posterior regreso de la primacía del modelo adversarial, indica que la nueva normativa "no anticipó hasta qué punto el fanatismo partidista obstaculizaría el objetivo de la búsqueda de la verdad", y que "parte de la profesión legal puede no haber compartido la filosofía de los autores de las Reglas de descubrimiento en el objetivo principal de encontrar la verdad".

35 Sorenson, Ch. W. (1995) en 699.

a la parte opuesta con voluminosas y costosas exigencias para la divulgación de la información, sin importar qué tan relacionado esté con el litigio. Además, las peticiones de descubrimiento excesivo también fomentaron la demora causada por la enorme cantidad de tiempo que le toma a la parte demandada compilar de manera completa y detallada la información buscada a través de las peticiones de divulgación. Este problema se ha hecho particularmente agudo en la era moderna de la transmisión y almacenamiento electrónico de datos, lo que ha llevado a los creadores de las reglas a remodelar las mismas para enfrentar los problemas del "descubrimiento electrónico"[36].

Desde la creación de las reglas, el descubrimiento excesivo se ha caracterizado por la búsqueda de técnicas como solicitar docenas de conjuntos de interrogatorios, numerosas y prolongadas declaraciones testimoniales, peticiones masivas para la producción de documentos, incluidos los documentos e información producidos y almacenados electrónicamente, y peticiones invasivas para la inspección de documentos o examen físico o mental de las partes.

El segundo tipo de abuso del descubrimiento se produce cuando una parte demandada se niega a responder adecuadamente a la petición de la parte requirente de la información que, a su vez, exige a esta buscar la intervención judicial para obligar a la divulgación[37]. Este segundo tipo de abuso toma muchas formas, incluyendo tácticas dilatorias (como invocación de reservas o inmunidad de divulgación), respuestas inadecuadas o parciales, respuestas engañosas o negativa total a revelar la información. Esta negativa, en consecuencia, multiplica el costo del litigio, los gastos y la demora mediante la creación de un litigio adicional sobre temas de descubrimiento.

Desde la promulgación de las Reglas de Descubrimiento (año 1938) y principalmente en respuesta a las crecientes preocupaciones y críticas de los litigantes, el Comité Asesor sobre Reglas Civiles ha modificado las Reglas de Descubrimiento

36 *Ver por ejemplo,* Regla Federal de Procedimiento Civil 26 (f) (3) (C) (que exige a las partes formular un plan de descubrimiento para tratar las cuestiones acerca de la revelación o el descubrimiento de la información almacenada electrónicamente, incluyendo la forma o formasen que debe producirse); Regla Federal de Procedimiento Civil 34(b) (2) (D) (E), (que aborda las objeciones y las respuestas para la producción de documentos o información almacenada electrónicamente).

37 *Ver* Regla Federal de Procedimiento Civil 37 ("Sanciones por no hacer revelaciones o no cooperar plenamente en el descubrimiento"; establece propuestas de órdenes judiciales para obligar a la divulgación o el descubrimiento, y sanciones judiciales por incumplimiento de dichas órdenes.

doce veces[38]. Y, como se ha indicado anteriormente, varias Reglas de Descubrimiento se encuentran en revisión para una posterior propuesta de enmienda, concebida para mejorar la regla de la proporcionalidad que se aplica a las solicitudes de descubrimiento civil[39]. Mientras algunas enmiendas anteriores a las Reglas de Descubrimiento han reflejado un acercamiento que pretendía liberalizar el descubrimiento de la información, y hacer el proceso de descubrimiento más fácil y transparente[40] –resaltando así la función de la búsqueda de la verdad de las Reglas federales–, en general, casi todas las omnipresentes reformas al descubrimiento en los anteriores setenta años han estado dirigidas a frenar los presuntos abusos de esta figura procesal, precisamente porque las repetidas reformas a estas reglas se han centrado en el abuso del descubrimiento; se observa que la realidad subyacente de la ideología adversarial ha triunfado sobre la denominada función de búsqueda de la verdad del principio adversarial.

Debe tenerse en cuenta que cada oleada sucesiva de reforma al descubrimiento ha estado acompañada de comentarios ampliamente difundidos, y de disensos y disputas tanto de parte de los abogados litigantes como de la academia, cuyo agudo debate continúa sin disminución frente al conjunto de reformas propuestas. El aspecto central de los debates sobre la reforma al descubrimiento se enfoca en que los comentarios sobre el abuso del descubrimiento son exagerados y hay poca evidencia empírica para apoyar la necesidad de cambios en las Reglas de Descubrimiento. En consecuencia, los opositores a estas iniciativas de reforma han sostenido que otras limitaciones en la capacidad de las partes para obtener revelaciones necesarias es la antítesis del principio adversarial, que mina la función de búsqueda de la verdad en el proceso litigioso.

38 Después de la adopción en 1937 y la aplicación en 1938 de las Reglas de descubrimiento, las Reglas Federales de Procedimiento Civil 26a 37 se han modificado en 1946, 1963, 1966, 1970, 1980, 1983, 1987, 1993, 2000, 2006, 2007, y 2010. Muy pocas de estas enmiendas eran técnicas y no pretendían hacer cambios sustanciales; pero en su mayor parte estas enmiendas a las Reglas reflejan cambios importantes en las disposiciones de descubrimiento. Técnicamente, el Comité Asesor para las Reglas Civiles propone enmiendas a las Reglas, que luego están sujetas a revisión y aprobación por parte de la Comisión Permanente del Poder Judicial sobre la Práctica de Procedimientos. Si son aprobadas por este órgano, las enmiendas propuestas, a continuación, deben ser aprobadas por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, que la componen los jueces del Tribunal Supremo. Si son aprobadas, las enmiendas a las Reglas son enviadas al Congreso de los Estados Unidos para la revisión, aprobación y promulgación.

39 *Ver infra* nn. 82-93.

40 *Ver por ejemplo*, Fed. R. Civ. P. 26 (a) (1) (que describe las revelaciones iniciales que las partes en conflicto deben hacer a la parte contraria, sin esperar una petición de descubrimiento o una orden por parte de los tribunales).

Cada vez más, en el tiempo, el debate sobre la necesidad de reformar el descubrimiento, así como reforma, ha estado altamente politizado. En general, los abogados de los demandantes, así como los defensores de las políticas liberales se han alineado para oponerse a la mayoría de reformas a las Reglas del Descubrimiento, lo que ven como un favorecimiento injusto a los demandados. Desde la perspectiva de los demandantes, las restricciones a la divulgación completa de la información durante el litigio menoscaba la capacidad de estos para avanzar y vencer en procesos significativos. Además, sostienen, las limitaciones en el alcance o la aplicación de descubrimiento apoya eficazmente la desigualdad de condiciones, donde los demandados con activos superiores pueden efectivamente evitar litigios recurriendo a tácticas abusivas de descubrimiento. Desde este punto de vista, el despliegue de tácticas abusivas por parte de los demandados puede emplearse para hacer incurrir a los demandantes, con menos recursos, en una guerra de desgaste; con reglas restrictivas de descubrimiento se niega efectivamente a los demandantes el acceso a la justicia.

Los actores alineados en el lado de los demandantes en el debate sobre la reforma al descubrimiento son los más propensos a sostener que hay escasa evidencia de abuso del descubrimiento y, por lo tanto, poca necesidad de los repetidos intentos del Comité Asesor para restringir la divulgación completa y transparente de la información. Más aún, en los limitados casos donde el abuso del descubrimiento ocurre, los demandantes sostienen que dicho abuso del descubrimiento es una variedad al "incumplimiento" perpetrado por los demandados para impedir la investigación de las reclamaciones de los demandantes, o para hacer descarrilar el litigio por completo. En opinión de los demandantes, el mayor problema que estos enfrentan son las diversas tácticas para evadir o evitar la divulgación completa de la información. De esta manera, rara vez reconocen que hay un abuso del descubrimiento que emana de ellos y, por tanto, apuntan a un problema ampliamente difundido de abuso de autoridad por parte de los abogados contrarios.

De otro lado, parte de la defensa y de los partidarios conservadores –que principalmente defienden los intereses corporativos– sostienen que el descubrimiento excesivo por parte de los abogados de los demandantes, ha justificado la necesidad de una reforma del descubrimiento a través del tiempo. Los argumentos de los abogados de mentalidad defensiva son, en la práctica, contrarios a las afirmaciones de los demandantes; de ahí que los abogados defensores sostengan que el abuso del descubrimiento existe y es perpetrado principalmente por los abogados de los demandantes que buscan forzar los acuerdos a través de solicitudes de descubrimiento engorrosas y costosas. En pocas palabras, los abogados defensores ven las Reglas de descubrimiento como vehículos que permiten a los demandantes acosar, imponer cargas y perjudicar financieramente a sus adversarios corporativos. Los argumentos relacionados con el acoso, la carga y los gastos se

han vuelto más recurrentes en la era del documento electrónico y de los bancos de datos, donde las solicitudes de los demandantes para el descubrimiento de esa información es fácil de hacer valer, pero costosa y desgastante en términos de tiempo para los demandados. En este sentido, los abogados de mentalidad defensiva no perciben en absoluto una desigualdad en el campo de juego.

En el mismo sentido, los abogados de mentalidad defensiva sostienen, de manera más amplia, que los costos económicos del cumplimiento de las solicitudes de descubrimiento de los demandantes, perjudica el funcionamiento de los negocios corporativos, afecta la economía estadounidense y, en última instancia lesiona a los consumidores que asumen finalmente los costos de un eventual litigio. Entre las quejas empresariales sobre la manera americana de demandar están: la incomodidad para los ejecutivos de empresas por el uso de repetidas declaraciones testimoniales que efectivamente menoscaban la capacidad de los ejecutivos para realizar su trabajo, las cargas de cumplimiento de órdenes de suspensión en los sistemas informáticos después de que se ha iniciado el proceso, y los problemas asociados con el cumplimiento de las solicitudes de producción de documentos voluminosos.

Es por lo mencionado, que desde la perspectiva de la defensa, las reformas al descubrimiento han sido necesarias, porque el alcance del descubrimiento ilimitado y liberal alienta a los demandantes a participar en lo que algunos han considerado una “expedición de pesca”, para obtener toda la información de los demandados con poca consideración por la relevancia de la información sobre el fondo de la controversia. Del mismo modo que los demandantes consideran el descubrimiento como un medio táctico de los demandados para ganar una guerra de desgaste, los demandados ven el uso del descubrimiento como una estrategia de los demandantes para forzar un acuerdo económico. Además, defensores de la reforma por el lado de la defensa, no logran percibir el debate del descubrimiento como un problema de denegación de acceso a la justicia. Más bien, ellos ven el proceso de descubrimiento como una necesidad de equilibrio racional entre la necesidad de los demandantes de obtener información, con las cargas de dicha divulgación para la parte demandada.

Al final, lo que es significativo sobre el debate del descubrimiento y los esfuerzos de reforma durante los últimos setenta años es el énfasis estadounidense en las soluciones pragmáticas a los problemas percibidos del abuso del descubrimiento. Al mismo tiempo que el debate sobre la reforma continúa generando sucesivas rondas de comentarios y discusiones, la función de la búsqueda de la verdad en el proceso legal estadounidense se aleja de la discusión. Por consiguiente, los demandantes son más propensos a invocar la retórica de la búsqueda de la verdad que los demandados, amoldando este principio en la elevada expresión de

"acceso a la justicia". Por su parte, los defensores han abandonado prácticamente cualquier retórica relativa a la búsqueda de la verdad del descubrimiento, en el contexto del sistema adversarial.

# II. Una introducción a los procesos de descubrimientos en los Estados Unidos y reflexiones sobre las formas en las que este descubrimiento puede frustar la búsqueda de la verdad

## A. Principios básicos que soportan el descubrimiento en los Estados Unidos

Con excepción de los abogados y juristas que tienen la posibilidad de ejercer el derecho en el sistema legal de los Estados Unidos, los abogados civiles de fuera del país pueden tener poca familiaridad con el sistema de descubrimiento civil estadounidense. Como suele ser el caso, la práctica real del derecho puede desviarse de las disposiciones legales escritas. Este pequeño estudio sobre los procedimientos de descubrimiento en Estados Unidos tiene por objeto proporcionar una idea de las normas, su aplicación práctica, y las formas en que el uso de los procedimientos de descubrimiento, por parte de los abogados, puede socavar o frustrar la función de búsqueda de la verdad. Además, los estudios empíricos han demostrado repetidamente que poco o casi ningún descubrimiento se presenta en un número considerable de casos, cuyos datos podrían afectar los debates sobre el tema (pero a menudo no lo hacen) y plantean preguntas adicionales acerca de la función de la búsqueda de la verdad de los descubrimientos en el contexto del sistema adversarial estadounidense.

Básicamente, hay cinco herramientas de descubrimiento que las partes pueden utilizar para buscar la revelación de información de la parte contraria[41], lo cual se explicará con detalle más adelante. Se trata de solicitudes para la confesión[42], los

41 Casi todo descubrimiento debe ser dirigido a las partes con el fin de obtener el descubrimiento de quienes no son parte; una parte solicitante puede tener que recurrir al poder de citación de los tribunales. Ver Regla Federal de Procedimiento Civil 45.

42 Regla Federal de Procedimiento Civil 36 ("Solicitud de confesión").

interrogatorios[43], los testimonios[44], la producción de documentos[45] y solicitudes para exámenes físicos o mentales[46]. La norma que permite el descubrimiento de los documentos y la información almacenada electrónicamente permite a una parte solicitar el ingreso a los establecimientos con el propósito de realizar una inspección[47]. Las partes pueden elegir usar todas o algunas de las técnicas de descubrimiento, pero no están obligadas a hacer ningún descubrimiento en absoluto, si así lo desean. Además, las normas no prescriben ninguna secuencia obligatoria para el uso de las herramientas de descubrimiento, lo que queda totalmente a discreción delas partes enfrentadas[48].

Una consideración de estas herramientas de descubrimiento estadounidenses debe ser apreciada en el contexto de la forma en que se produce el descubrimiento civil en el país. A diferencia de la investigación en sistemas *civil law*[49], el descubrimiento en los Estados Unidos es totalmente iniciado y controlado por las partes. Además, las partes en un conflicto tienen la responsabilidad no solo llevar a cabo su propia investigación sobre los hechos que originaron sus demandas, sino que deben asumir la responsabilidad de la búsqueda de información de la parte contraria. En prácticamente todos los casos complejos, el tribunal al que ha sido presentada una demanda, no toma parte en el proceso de descubrimiento a menos que surja una disputa entre las partes[50]. Si las partes en una controversia

43 Regla Federal de Procedimiento Civil 33 ("Interrogatorios a las partes").

44 Reglas Federales de Procedimiento Civil 27, 28, 30, 31, 32 (Diversas disposiciones para la búsqueda de la declaración testimonial por vía escrita o memorización oral, también como el uso del testimonio en el juicio.

45 Regla Federal de Procedimiento Civil 34 (Sobre "Producción de documentos, información electrónicamente almacenada, y cosas tangibles e ingreso a la propiedad para la inspección y otros propósitos").

46 Regla Federal de Procedimiento Civil 35 ("Exámenes físicos y mentales").

47 Regla Federal de Procedimiento Civil 34, *supra* n.43.

48 Regla Federal de Procedimiento Civil 26 (d) (2) (A)-(B) (Los métodos de descubrimiento pueden ser utilizados en cualquier secuencia y el descubrimiento por alguna de las partes no requiere de ninguna otra parte para retrasar el descubrimiento).

49 También vale la pena señalar que en la jurisprudencia estadounidense, no existe un vínculo entre las demandas penales y civiles, y por lo tanto, las demandas civiles no pueden ser anexadas a un proceso penal, como es el caso de algunas jurisdicciones de *civil law.* En la práctica, esto significa que las investigaciones criminales y civiles que se basen en los mismos eventos o hechos fundamentales, son totalmente independientes entre sí y por lo general involucran abogados completamente separados e independientes. Por otra parte, los procedimientos de descubrimiento penal y civil, están sujetos a conjuntos de Reglas, restricciones y jurisprudencia totalmente diferentes.

50 Fed. R. Civ. P. 37.

deciden no realizar ningún descubrimiento, ellos deben llegar a un juicio o negociar un acuerdo sin recurrir a herramientas de descubrimiento. Los estudios empíricos han indicado que en aproximadamente la mitad de los casos presentados en los tribunales de los Estados Unidos, las partes son capaces de resolver sus conflictos sin necesidad de la realización del descubrimiento[51].

El descubrimiento civil ocurre enteramente fuera de los auspicios de los tribunales y no está sujeto a supervisión judicial, salvo en los casos complejos[52], o cuando surja una disputa sobre el descubrimiento[53]. Las provisiones sobre el descubrimiento aplican transustancialmente, esto es, las reglas aplican a todos los tipos de casos sin tener en cuenta la naturaleza sustantiva subyacente de las reclamaciones, o la complejidad o simplicidad del conflicto. En 1993 y 2000, el Comité Asesor sobre Reglas Civiles codificó una disposición nacional exigiendo a las partes intercambiar inicialmente cuatro categorías de información no controversial al inicio del proceso[54]. El propósito general de esta regla era inducir a las partes a entregar información básica al comienzo del litigio, en lugar de obligarlas a recurrir a los mecanismos formales de descubrimiento para obtener esta información, lo cual podría ser divulgado, de todos modos, en cualquier momento.

El material obtenido a través del uso de los mecanismos de descubrimiento no se presenta ante el tribunal, pero porciones del material obtenido por el descubrimiento pueden ser empleadas para diversos fines en el ejercicio del fallo

51 Ver supra n. 9; Ver también, Lee E.G. & Willging, T.E. (2012); Thornburg, E.G. (1999); Willging, T.E.; Stienstra, D; Shepard, J. & Miletich, D. (1998).

52 *Ver* Regla Federal de Procedimiento 26 (f) (1). Según las Reglas, excepto en los casos estipulados en la Regla Federal de Procedimiento Civil 26 (a) (1) (B) o por orden judicial, todas las partes deben reunirse y negociar dentro de por lo menos 21 días antes de una conferencia de planificación de un plan de descubrimiento, lo que se requiere como parte de la conferencia pre-procesal con el despacho judicial, establecida en la regla 16. Ver Regla Federal de Procedimiento Civil 16. En la práctica, estas normas se han aplicado principalmente a los litigios complejos y frecuentes, por su parte, los casos simples han estado exentos de este requisito.

53 Regla Federal de Procedimiento 37, *supra* n. 48.

54 *Ver* Regla Federal de Procedimiento 26 (1) (A) (i)-(iv), que indica, se requiere la divulgación obligatoria inicial de los nombres, direcciones y números de teléfono de cada persona que tenga información que pueda ser revelada; una copia, descripción o ubicación de todos los documentos o información almacenada electrónicamente y cosas tangibles que la parte solicitada tenga en su poder; un cómputo de categorías de daños, así como los elementos de prueba en que se basa el cálculo; y cualquier acuerdo sobre seguros que pueda ser susceptible de satisfacer la totalidad o parte de un fallo.

anticipado[55], en el juicio[56] o como base para que las partes negocien un acuerdo. Además, en las acciones colectivas, el grado, el alcance y los resultados de los descubrimientos civiles que resulten en un acuerdo negociado pueden afectar la evaluación del tribunal acerca de la justicia y la adecuación de la propuesta de arreglo presentada al colectivo[57].

Mientras que la parte que solicita un testimonio paga los gastos que asume el testigo de quien se busca obtener información, cada parte puede estar obligada a asumir sus gastos para responder a la producción de documentos solicitados, cuyo costo puede ser considerable. Es generalmente reconocido que el proceso de descubrimiento es la característica más costosa y más desgastante del litigio civil estadounidense[58], un hallazgo que ha originado reiterados llamamientos a limitarlo y a reformarlo[59].

El ámbito del descubrimiento es totalmente amplio, y algunos críticos de la naturaleza abierta del descubrimiento han tratado varias veces de restringir el alcance de los datos a los que las partes tienen derecho en virtud de las Reglas, mientras que la definición del ámbito de aplicación de descubrimiento ha cambiado con el tiempo, y en la actualidad se encuentra en estudio para una restricción adicional[60] –la regla presente especifica que "las partes pueden obtener el descubrimiento respecto de cualquier asunto no sometido a reserva que sea relevante para la demanda de la parte–incluyendo la existencia, descripción, naturaleza, custodia, condición y ubicación de los documentos o cualquiera otros

55 *Ver por ejemplo* Regla Federal de Procedimiento 56 (c) (moción de fallo sumario antes del juicio, que indica que la moción para este juicio puede ser apoyada por la citación de los materiales en los registros", incluyendo testimonios, documentos, información almacenada electrónicamente, declaraciones juradas o declaraciones simples... confesiones, respuestas a interrogatorios u otros materiales...").

56 *Ver por ejemplo,* Regla Federal de Procedimiento 32 ("El uso de los testimonies en los procedimientos ante la Corte").

57 *Ver* Regla Federal de Procedimiento 23 (e), el cual requiere que los jueces federales realicen una audiencia para revisar los acuerdos propuestos en las acciones colectivas. Un factor que los tribunales federales tienen en cuenta para evaluar la equidad, la suficiencia y la razonabilidad de un acuerdo propuesto incluye el punto en el cual las partes acordaron resolverlas acciones colectivas, así como el alcance y la cantidad de descubrimiento que las partes establecieron antes del acuerdo para resolver la mencionada acción.

58 *Ver por ejemplo,* Beisner, J.H. (2010) (destacando que en cualquier caso, los costos del descubrimiento actualmente comprenden entre el 50 y el 90 por ciento de los costos totales del ligio).

59 *Ver generalmente* Beisner, J.H. (2010).

60 *Ver* discusión *infra* en nn. 87 - 91.

elementos materiales, sino también la identidad y ubicación de las personas que saben de cualquier asunto objeto de descubrimiento"[61].

Si bien la norma prescribe que las partes pueden buscar cualquier asunto que sea "relevante a la materia objeto de la controversia", las Reglas también establecen que la información relevante no tiene que ser admisible en el juicio, siempre y cuando "el descubrimiento aparezca razonablemente calculado para conducir a la revelación de pruebas admisibles"[62]. En consecuencia, este principio permisivo de la relevancia provee a los abogados con una justificación liberal de ampliar el alcance de sus investigaciones.

El descubrimiento civil americano no está restringido por limitaciones constitucionales en gran parte, como sí es el caso del descubrimiento en materia penal, que está limitado por la Cuarta Enmienda que prohíbe búsquedas e incautaciones irrazonables[63]. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos reiteradamente ha sostenido la constitucionalidad de las Reglas de descubrimiento en materia civil, en contra de las demandas de constitucionalidad presentadas incluyendo las relacionadas con la Regla que permite a una parte solicitar un examen físico o mental de la contraparte[64]. En consecuencia, las partes tienen pocas vías para limitar el alcance y la naturaleza de las peticiones de investigación de su parte contraria.

Sin embargo, hay límites en la naturaleza o el alcance del descubrimiento y el Comité Asesor sobre Reglas Civiles ha agregado recientemente un conjunto de normas tratando de lidiar con el problema del exceso en el descubrimiento. Estas nuevas normas permiten, pero no exigen, a los tribunales modificar los límites sobre el número y la duración de las declaraciones y los interrogatorios, así como el número de solicitudes de confesión de la parte contraria[65]. Sin embargo, esas limitaciones adicionales operan a discreción del tribunal, y no son obligatorias. Además, una nueva regla fue promulgada para hacer frente a los problemas crecientes relativos a las solicitudes de producción de material almacenado

61 Regla Federal de Procedimiento 26(b) (1).

62 Id.

63 Constitución de los Estados Unidos, enmienda IV.

64 *Ver Schlagenhauf contra Holder*, 379 U.S. 104 (1964) (sosteniendo la constitucionalidad de la Regla Federal de Procedimiento 35, permitiendo exámenes mentales y físicos de la contraparte cuando la parte pone en tela de juicio su condición mental); *Sibbach v. Wilson*, 312 U.S. 1 (1941) (en el mismo sentido; sosteniendo los desafíos a las Reglas de descubrimiento como ejercicios válidos del Poder Judicial Federal y del Congreso para promulgar Reglas de procedimiento que no transgredan la Ley Orgánica de las Reglas Federales.

65 Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (A) (enmendada en 2002 y 2006).

electrónicamente; esta normativa tiene como finalidad proteger a la parte solicitada, de las peticiones de descubrimiento electrónico irrazonablemente injustificadas[66].

Aparte de estas medidas paliativas, en esencia, las partes involucradas en el proceso de descubrimiento civil tienen tres medios para restringir la carga y la intrusión de las solicitudes de descubrimiento del oponente. En primer lugar, una parte que trata de evitar la divulgación de información puede invocar una reserva o una inmunidad relativa a los materiales solicitados[67]. Esto incluye la reserva del secreto profesional abogado-cliente[68] o la inmunidad del material de trabajo del abogado[69]. En segundo lugar, una parte que desee proteger la información de su divulgación puede buscar una orden de protección de los tribunales, lo que requiere una demostración de una "buena causa" para la emisión de dicha orden[70]. Por una "buena causa", un tribunal puede emitir una orden para proteger a una parte de la "molestia, vergüenza, opresión o excesiva carga o costos"[71]. Los tribunales tienen una variedad de opciones para la elaboración de dichas órdenes de protección, delineadas en las reglas[72].

En tercer lugar, los tribunales están obligados a limitar la frecuencia o el alcance del descubrimiento a petición una parte (o por iniciativa propia de la Corte), si la Corte determina que: (a) el descubrimiento buscado es irracionalmente acumulativo o duplicativo, o se puede obtener de alguna otra fuente que sea más conveniente, menos gravosa, o menos costosa; (b) la parte que solicita el descubrimiento ha tenido amplia oportunidad de obtener la información a través del descubrimiento en el proceso; y (c) la carga o el gasto del descubrimiento es más gravoso que su posible beneficio[73]. Esta última condición incluye la regla

66 Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (B) (enmendada en 2006).

67 Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (1) (Las partes pueden obtener el descubrimiento solo de asuntos no sometidos a reserva); Regla Federal de Procedimiento 26(b)(5) (que describe los requisitos para reclamar privilegios o invocar la reserva del material de trabajo).

68 *Ver Upjohn Co. contra United States*, 449 U.S. 383 (1981) (aplicación de una reserva abogado-cliente).

69 *Hickman contra Taylor*, 329 US 495 (1947) (aplicación de la reserva del material de trabajo del abogado); codificado en la Regla Federal de Procedimiento 26(b) (3) (Protección del material de preparación del juicio).

70 *Ver* Regla Federal de Procedimiento 26(c) ("Órdenes de protección").

71 Id.

72 *Id*., Regla Federal de Procedimiento 26 (c) (1) (A)-(H).

73 *Ver* Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (C) (i)-(iii).

de proporcionalidad[74], que el actual Comité Asesor está tratando de importar al umbral de la Regla para delinear el alcance permisible del descubrimiento[75].

No obstante, las repetidas enmiendas y revisiones a la institución del descubrimiento a través de los últimos setenta años, y la narrativa histórica de las reformas a la Regla del descubrimiento sugieren un patrón recurrente. Así, entre las Reglas Federales de Procedimiento Civil, el descubrimiento ha sido modificado más que cualquier otro conjunto de Reglas. Casi todas las revisiones a la Regla del descubrimiento han sido inspiradas y son el resultado de la insatisfacción de los litigantes con la aplicación de los descubrimientos en el pleito controvertido. En consecuencia, el Comité Asesor sobre Reglas Civiles ha buscado con cada reforma limitar aún más los abusos al descubrimiento perpetrados tanto por los demandantes como por los demandados[76].

Sin embargo, la historia de las repetidas reformas a la regla ha demostrado que, sin tener en cuenta la naturaleza o el alcance de las enmiendas, los abogados han encontrado maneras de evitar o evadir creativamente las limitaciones impuestas. Lo que resulta tan sorprendente en estas repetidas iniciativas, así como en los debates en torno a estos esfuerzos, es el hundimiento gradual de cualquier discusión sobre la función de búsqueda de la verdad del descubrimiento civil. En cambio, cada ciclo de reforma sucesiva a la regla ha llegado a estar centrado de manera miope en las reglas cada vez más granulares y pragmáticas para limitar el abuso del descubrimiento, sin tener en cuenta aspectos más abstractos de la búsqueda de la verdad a través del proceso de descubrimiento.

## B. Las herramientas del descubrimiento como medios imperfectos para establecer la verdad dentro del sistema de justicia adversarial

En cuanto a las herramientas del descubrimiento, el foco de gran parte del debate se ha centrado en dos instrumentos que son más susceptibles al abuso: la

74 *Id.* en Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (C) (iii), (que establece que un tribunal debe limitar el descubrimiento cuando "la carga o el gasto del descubrimiento propuesto pesa más que su posible beneficio, teniendo en cuenta las necesidades de cada caso, los recursos de las partes, la importancia de las cuestiones en juego en el proceso y la importancia del descubrimiento en la resolución de los problemas".

75 *Ver* discusión *infra* en nn. 92-93.

76 Una broma tradicional con respecto a la forma de llevar a cabo el descubrimiento civil en Estados Unidos es que la parte solicitante se encarga solo de representar celosamente a su cliente, mientras que la contraparte se dedica a abusar del descubrimiento.

producción de documentos, y los testimonios. Los otros mecanismos del descubrimiento –las solicitudes de confesión, los interrogatorios y los exámenes físicos y mentales– han proporcionado vehículos anémicos para servir a la función de búsqueda de la verdad en el descubrimiento civil; y en el caso de los exámenes físicos y mentales, se trata de una herramienta que se utiliza rara vez en el litigio. El uso de interrogatorios en el litigio civil nunca ha demostrado ser un instrumento importante para determinar la verdad de los principales hechos controvertidos, y las sucesivas reformas al mecanismo del interrogatorio han fallado al lidiar con el meollo del problema. El verdadero problema con la herramienta de interrogatorio es que la mayoría de los abogados llevan a cabo respuestas repetitivas para evadir o evitar responder a las preguntas formuladas, lo que socava el proceso de búsqueda de la verdad. No obstante, el Comité Asesor, por su parte, se ha centrado en los abusos generados por el acoso al servir a la parte contraria para realizar múltiples y sucesivos conjuntos de interrogatorios. Por lo tanto, los reformadores de la regla repetidamente han pretendido solucionar los problemas relacionados con los interrogatorios, simplemente limitando el número de las solicitudes de descubrimiento, sin tener en cuenta cualquier función de la búsqueda de la verdad posiblemente estipulada en las prescripciones normativas.

Del mismo modo, la herramienta del descubrimiento que permite a una parte buscar la confesión de su adversario, también es un mecanismo imperfecto para la búsqueda de la verdad. Inicialmente, las partes pueden solicitar la confesión de la parte contraria por fuera del proceso; en la práctica, la parte demandada muy probablemente responde a todas las solicitudes de búsqueda con una serie de negaciones, a excepción de la información patentemente irrefutable, como nombre o dirección. Las partes rara vez contestan "confesando" la verdad de los asuntos relacionados con los hechos, la aplicación de las leyes a los hechos, o las consideraciones acerca de la autenticidad de algún documento descrito[77]. Además, la naturaleza rutinaria de las solicitudes de confesión, que resultan típicamente en concomitantes y rutinarias respuestas a las preguntas, hace de esta herramienta de descubrimiento una especie de tigre sin dientes.

Al igual que los problemas relativos a los interrogatorios, en gran medida los reformadores de la Regla han abordado problemas no existentes respecto de las solicitudes de confesión, al permitir a los tribunales limitar el número de solicitudes por normas locales u órdenes judiciales[78]. Al igual que el problema inherente a los interrogatorios, la restricción pragmática de los creadores de las reglas en el número de solicitudes de confesión, no puede lidiar con el problema de fondo

77 Regla Federal de Procedimiento 36 (a) (1) (A)-(B).

78 Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (B).

que es la calidad de las respuestas a tales solicitudes, en lugar de su cantidad, que es el problema central con esta técnica de descubrimiento. La regla, tal como está escrita, es aplicable y ha sido modificada hace poco para ayudar al litigio en la búsqueda de la verdad.

Por último, en la práctica, la regla que permite el examen físico o mental a la contraparte solo se utiliza en cierto tipo de casos[79], y la jurisprudencia está bastante bien definida para indicar cuándo este tipo de descubrimiento se puede hacer. Aunque esta herramienta puede también servir en la búsqueda de la verdad, en la práctica, rara vez se despliega y no ha sido el objeto de la reforma.

Las dos técnicas de descubrimiento, entonces, que han sido objeto de la mayoría de los esfuerzos de reforma son la producción de documentos, y los testimonios. Desde la perspectiva de los demandantes, los demandados abusan del proceso de descubrimiento al no responder o no formular adecuadamente las solicitudes de presentación de documentos. Los demandantes, por su parte, sostienen que este tipo de maniobras tácticas frustran su capacidad para desarrollar la base fáctica y legal de sus pretensiones, en tanto que; los demandados con frecuencia poseen y controlan la información que los demandantes necesitan para aportar como pruebas en sus procesos. En el mismo sentido, los demandantes se quejan del alcance o el formato de producción de documentos, por lo que los demandados cumplen con masivos "documentos basura" que innecesariamente dificultan y retrasan los procedimientos, forzando a los abogados de los demandantes a descubrir a través de masas de información el material pertinente a las reclamaciones fundamentales.

Por el contrario, los demandados alegan que los demandantes utilizan inadecuadamente el descubrimiento de documentos como un medio inaceptable para ir en expediciones de pesca dentro de los asuntos de la corporación, con la esperanza de encontrar alguna prueba irrefutable con la cual puedan vencer en el juicio. Igualmente, se quejan de la cantidad excesiva de solicitudes de producción de documentos que aumentan los costos y la demora en el litigio civil. A su vez, se quejan de la imposición de sus pensiones automáticas a los sistemas informáticos de las corporaciones, una vez que la demanda ha sido presentada; dichas actuaciones, se alega, imponen cargas a las operaciones corporativas diarias y, a la vez, un gasto adicional. Tales quejas sobre el uso del descubrimiento de documentos por parte de los demandantes han adquirido mayor peso en la era de la información almacenada electrónicamente, que ha sido objeto de muchas reformas recientes.

79 Muy utilizada en los procesos de lesiones personales. Incluso en estos casos no son procedentes las peticiones de examen físico o mental de la contraparte, como información relevante para la reclamación, dado que puede ser obtenida a través de otros mecanismos, como pruebas documentales o testimonios.

Las quejas en torno al descubrimiento de las declaraciones expresan preocupaciones similares centradas en los abusos relativos al número y duración de las declaraciones, y al carácter acumulativo de las mismas. Los demandados corporativos, en particular, citan la interrupción de los negocios como una lesión colateral resultante de las declaraciones excesivas practicadas a los ejecutivos de empresas o personas designadas para ello. En conjunto, las críticas al proceso de deposición principalmente se centran en asuntos sobre el costo, las cargas y el retraso resultante del uso de este mecanismo de descubrimiento.

Pero, además de estas preocupaciones pragmáticas, los problemas acerca de las declaraciones como una herramienta de descubrimiento, no tienden a centrarse en su insuficiencia como un medio para la averiguación de la verdad. Por esto, aun con las limitaciones de tiempo impuestas a la duración de las declaraciones, los abogados al tomar las declaraciones se extienden a menudo sobre áreas amplias de investigación, que no tienen pertinencia necesariamente con la parte central del conflicto. Además, las declaraciones testimoniales pueden ser buscadas no para averiguar la verdad, sino más bien para valorar la fuerza o la debilidad de un testigo, a fin de formular la estrategia en caso de un juicio real. La toma de declaraciones testimoniales se ha convertido en una especie de práctica artística, con programas de educación jurídica dedicados a enseñar a los abogados la forma de maximizar las ventajas a través de técnicas de declaración, que pueden no tener nada que ver con la búsqueda de la verdad.

En teoría, al menos, las normas que permiten el descubrimiento de documentos y la declaración testimonial, encarnan el mejor medio para la búsqueda de la verdad en el proceso. Sin embargo, en la práctica –y de manera similar a otras herramientas del descubrimiento– las técnicas de producción de documentos y de toma de declaraciones, tal como se aplican pueden desplegarse estratégicamente para socavar o frustrar el proceso de búsqueda de la verdad. Así, la retención o el exceso de producción de documentos por la parte demandada, puede socavar la capacidad de la parte requirente para obtener los materiales pertinentes a la verdad de los asuntos fundamentales. Además, los documentos retenidos por la parte al afirmar legítimamente reservas, inmunidad u orden de protección, limitan la capacidad de la parte requirente para obtener información que podría iluminar una plena comprensión de las cuestiones en disputa. Del mismo modo, el proceso de deposición de testimonio puede ser desplegado para incomodar a las partes en su vida diaria o sus negocios, para confundir a un declarante por asuntos irrelevantes de la investigación, para intimidar o avergonzar a los posibles testigos, o para cualquier otro tipo de propósitos diferentes a la real búsqueda de la verdad.
Es necesario afirmar que las reformas a las Reglas de Descubrimiento, que se han enfocado principalmente en la mejora de las limitaciones cuantitativas de la producción o las técnicas de declaración, han abordado el problema del

descubrimiento "excesivo"; otro lado, varias décadas de reformas a las Reglas de Descubrimiento no han podido lidiar con los problemas sustanciales o cualitativos que traducen estos mecanismos en instrumentos imperfectos para esclarecer la verdad. Simplemente, limitar el número o el alcance de estos dispositivos de descubrimiento es inadecuado para abordar otros problemas que se adhieren a la aplicación de estas técnicas. En general, las Reglas de Descubrimiento no son suficientes para obligar a la parte al cumplimiento de la revelación de los materiales que podrían dar cuenta de la verdad. Si bien, en algunos casos cuidadosamente adaptados, el descubrimiento conducido por abogados corporativos puede, de hecho, llevar a las partes al descubrimiento de la verdad de un asunto en disputa, en muchos otros casos siguen sin alcanzar ese objetivo.

## 3. La regla de la proporcionalidad y su relación con la función de la búsqueda de la verdad del descubrimiento estadounidense

### A. Las actuales reglas de proporcionalidad

Como se ha discutido, el Comité Asesor de Estados Unidos para las Reglas Civiles ha revisado múltiples veces las disposiciones normativas relativas al descubrimiento, a lo largo de siete décadas, y casi todas sus reformas han sido para limitarlas e imponer requisitos adicionales sobre el uso e implementación de estas herramientas. Más recientemente, en el siglo XXI –principalmente motivado por la comunidad corporativa que con frecuencia es demandada en litigios complejos– ese organismo asesor ha introducido el concepto de "proporcionalidad" en las normas sobre el descubrimiento[80].

La mejor expresión actual de la Regla de Proporcionalidad exige que un despacho judicial limite el descubrimiento, ya sea de oficio o por petición de parte, si determina que "la carga o los costos del descubrimiento propuesto pesa más que su posible beneficio, teniendo en cuenta las necesidades del caso, la cuantía del litigio, los recursos de las partes, la importancia de las cuestiones en juego en la acción, y la importancia de esa herramienta en la resolución de los problemas"[81].

80 *Ver supra* nn. 92-93.

81 Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (C) (iii).

Una regla de proporcionalidad similar se aplica a las solicitudes de producción de información almacenada electrónicamente[82].

Las Reglas de Proporcionalidad introducidas por enmiendas de los años 2000 y 2006 han complicado el proceso de descubrimiento aún más, así como la capacidad del proceso de descubrimiento de cumplir una función de búsqueda de la verdad. Por lo tanto, las Reglas de Proporcionalidad han introducido una prueba de equilibrio de múltiples factores, con el cambio de la carga de producción y de persuasión por las partes opuestas, para determinar si, o en qué medida, un tribunal puede controlar o limitar el descubrimiento. La complicada y enrevesada naturaleza sobre la proporcionalidad se explica por el comentario en la Nota del Comité Asesor que describe cómo el criterio de proporcionalidad aplica para las solicitudes de descubrimiento de información almacenada electrónicamente:

> Según esta norma, la parte demandada deberá producir la información almacenada electrónicamente que sea relevante, que no esté sometida a reserva y que sea razonablemente accesible, de acuerdo con las limitaciones de la regla (b) (2) (c), que aplica a todo descubrimiento. La parte demandada también debe identificar, por categoría o por tipo, las fuentes que contienen información potencialmente sensible que no puede ser ni buscada ni producida. La identificación deberá, en la medida de lo posible, proporcionar suficientes detalles para permitir a la parte solicitante evaluar *las cargas y los costos* de proveer el descubrimiento y la probabilidad de encontrarla información sensible sobre las fuentes identificadas.
>
> El volumen –y la disponibilidad para buscar– de la información almacenada electrónicamente significa que, en muchos casos, la parte demandada sea capaz de producir información de fuentes razonablemente accesibles que satisfagan plenamente las necesidades de descubrimiento de las partes. En muchas circunstancias, la parte solicitante debe obtener y evaluar la información de esas fuentes antes de insistir en que la parte demandada busque y produzca información contenida en las fuentes que no sean razonablemente accesibles. Si la parte solicitante sigue buscando el descubrimiento de información de fuentes identificadas como no razonablemente accesibles, las partes deberán discutir *las cargas y los costos* de acceder y recuperar la información, las necesidades que puedan establecer una buena causa para exigir la totalidad o parte del descubrimiento solicitado, incluso si la información solicitada no es razonablemente accesible, y las condiciones de obtención y producción de la información que puede ser apropiada.
>
> Si las partes no logran ponerse de acuerdo si, o en qué condiciones, las fuentes identificadas como no razonablemente accesibles pueden ser

82 Regla Federal de Procedimiento 26 (b) (2) (B).

registradas y la información producida, el tema se pueden plantear ya sea por una moción para obligar al descubrimiento o por una moción para una orden de protección. La parte interesada debe comunicar a la contraparte su deseo de iniciar cualquier moción. Si las partes no resuelven el problema, y el tribunal debe decidir, la parte demandada debe demostrar que las fuentes de información identificadas no son razonablemente accesibles debido a *una carga excesiva o a su costo*. La parte solicitante puede necesitar un descubrimiento para que esta afirmación sea probada. Tal descubrimiento podría tomar la forma de exigir a la parte demandada llevar a cabo un muestreo de la información contenida en las fuentes identificadas como no razonablemente accesibles, lo que permite una cierta forma de control de dichas fuentes, o tomar declaraciones de testigos que tengan conocimiento de los sistemas de información de la parte demandada.

Una vez que se demuestre que una fuente de información almacenada electrónicamente no es razonablemente accesible, el solicitante todavía puede obtener el descubrimiento demostrando que existe una buena causa justificada, teniendo en cuenta las limitaciones de la Regla 26 (b) (2) (c) que equilibra *los costos y los beneficios* potenciales del descubrimiento. La decisión de exigir a una parte demandada buscar y producir información que no sea razonablemente accesible, no solo depende de *las cargas y los costos* de hacerlo, sino también de si esas cargas y los costos pueden justificarse en las circunstancias del caso. Las consideraciones apropiadas pueden incluir: (1) la especificidad de la petición de descubrimiento; (2) la cantidad de información disponible en otras fuentes de más fácil acceso; (3) la falta de presentación de información relevante que parezca probable que haya existido, pero que ya no está disponible en las fuentes de más fácil acceso; (4) la probabilidad de encontrar información relevante, que no pueda ser obtenida de otras fuentes de más fácil acceso; (5) las predicciones en cuanto a la importancia y utilidad de la información complementaria; (6) la importancia de las cuestiones en juego en el litigio, y (7) los recursos de las partes.

La parte demandada tiene la carga, como un aspecto de la solicitud, si las fuentes identificadas no son razonablemente accesibles a la luz de *las cargas y los costos* necesarios para la búsqueda de la información, recuperar y producir cualquier información relacionada que se pueda encontrar. La parte solicitante tiene la carga de demostrar que la necesidad del descubrimiento supera *las cargas y los costos* de localización, recuperación y producción de la información. En algunos casos, el tribunal podrá determinar si las fuentes identificadas no son razonablemente accesibles y si la parte requirente ha mostrado una buena causa para una parte o la totalidad del descubrimiento, en consonancia con las limitaciones que la Regla 26 (b) (2) (c), a través de un único procedimiento o presentación. La determinación de una buena causa, sin embargo, puede ser complicada porque el tribunal y las partes pueden saber poco acerca de qué información pueden contener las fuentes identificadas como no razonablemente accesibles, si es relevante o cuan

> valiosa puede ser para el proceso. En los casos examinados, las partes pueden necesitar algún descubrimiento enfocado, que puede incluir un muestreo de las fuentes, para conocer más acerca de *las cargas y los costos* involucrados con el acceso a la información, el contenido de la misma y lo valiosa que pueda ser para el proceso, a la luz de la información que puede ser obtenida por agotamiento de otras oportunidades para el descubrimiento.
>
> La presentación de una buena causa y la consideración de las limitaciones de la Regla 26 (b) (2) (c) están emparejadas con la posibilidad de establecer las condiciones para el descubrimiento. Las condiciones pueden tomar la forma de límites en la cantidad, el tipo o las fuentes de información necesarias para ser accesible y producido. Las condiciones pueden incluir también el pago, por la parte solicitante, de una parte o de la totalidad de los costos razonables de la obtención de la información a partir de fuentes que no sean razonablemente accesibles. La capacidad de una parte solicitante para compartir o asumir los costos de obtención de la información, puede ser valorada por el tribunal para determinar si existe una buena causa. Pero las cargas de la parte solicitada para evaluar la relevancia y la reserva pueden pesar en contra de permitir el descubrimiento solicitado[83].

Cuatro puntos son dignos de mención acerca de la Regla de la Proporcionalidad y de la nota que la acompaña. En primer lugar, la pura repetición del lenguaje de la "carga y los gastos" encarna una abrumadora preocupación de los creadores de las Reglas con las consecuencias económicas de descubrimiento, que es evidencia de la influencia omnipresente de la comunidad empresarial en el proceso de reglamentación. Por esto, la regla de proporcionalidad y su comentario reflejan un enfoque profundamente pragmático, no normativo, de acceso a la justicia. En segundo lugar, la explicación sobre cómo los tribunales han de aplicar el criterio de proporcionalidad, irónicamente puede involucrar a las partes aún más en el descubrimiento, con el fin de educar a la Corte en cuanto a la aplicación adecuada de la prueba de múltiples factores. Además, la regla de la proporcionalidad es un principio producto del litigio que invita a costos adicionales y a la demora a través de la práctica de procedimientos complementarios.

En tercer lugar, la aplicación del criterio de proporcionalidad de múltiples factores involucra al funcionario judicial en la conjetura subjetiva relativa a las predicciones en cuanto a la importancia y utilidad de la información adicional, así como la importancia de las cuestiones en juego en el litigio. Conferir tales juicios al funcionario judicial altera significativamente el papel del juez como árbitro neutral, transformándolo en un guardián del umbral de acceso a la verdad.

83 26 (b) (2) [cursivas agregadas]

En cuarto lugar, ninguno de los factores dilucidados en la Regla o en su comentario, aborda la necesidad de conocer la verdad mediante el proceso de descubrimiento. Por lo tanto, la Regla de la Proporcionalidad y el extenso comentario que la acompaña, no hace referencia o discute el concepto de búsqueda de la verdad en el proceso de descubrimiento.

## B. Las enmiendas propuestas a las reglas sobre el descubrimiento y la proporcionalidad

A pesar de tres rondas sobre las enmiendas a la Regla del Descubrimiento, desde la llegada del siglo XXI el Comité Asesor sobre Reglas Civiles está estudiando actualmente otro conjunto de enmiendas para limitar aún más el alcance del descubrimiento, el uso de sus dispositivos, y mejorar la Regla de Proporcionalidad[84]. Como era de esperar, estas propuestas rápidamente han originado reacciones predecibles desde parte de los litigantes y de la academia, inspirando un debate altamente politizado[85]. Para los efectos de este artículo, sin embargo, la característica más destacada de la propuesta de enmienda es la fuerza continuada del utilitarismo pragmático, con una disociación concomitante del concepto abstracto de la búsqueda de la verdad motivada por las Reglas del Descubrimiento en sus inicios.

Una vez más, el Comité Asesor está tratando de frenar los abusos descubiertos para reducir el uso de tres herramientas de descubrimiento: las declaraciones, los interrogatorios y las solicitudes de confesión[86]. Las enmiendas propuestas pueden lograr esto mediante la reducción de los límites probables sobre el uso de estos mecanismos, sobre todo dirigido a las declaraciones y a la reducción en el número de deposiciones permitidas, de diez, a cinco. Si bien estas propuestas son bien recibidas por la comunidad empresarial como correctivos necesarios al abuso del descubrimiento, las nuevas propuestas de limitaciones han engendrado críticas considerables de los defensores del acceso a la justicia y miembros de los miembros de la comunidad académica[87].

84 *Ver* Committee on Rules of Practice and Procedure of the Judicial Conference of the United States, Preliminary Draft of Proposed Amendments to the Federal Rules of Bankruptcy and Civil Procedure, 297 (Agosto de 2013) ["Borrador Preliminar"].

85 *Ver, por ejemplo,* Burbank, S.B. (2014).

86 *Ver,* borrador preliminar de Propuesta de Enmiendas a las Reglas Federales de Procedimiento Civil 30, 31, 33 y 36.

87 *Ver por ejemplo*, Burbank, S.B. (2014) *supra* n. 83; comentarios conjuntos de los profesores Helen Hershkoff, Lonny Hoffman, Alexander A. Reinert, Elizabeth M. Schneider, David L. Shapiro y Adam Steinman sobre las enmiendas propuestas a las Reglas Federales de Procedimiento

Además de la enmienda que podría limitar aún más el uso cuantitativo de los dispositivos de descubrimiento, tres propuestas de enmienda podrían cambiar la forma en que la Regla Federal 26 define el ámbito de aplicación del descubrimiento. Estos cambios propuestos se han convertido en el punto focal de una acalorada controversia entre los defensores de la reforma del descubrimiento y sus críticos[88]. Así, las revisiones propuestas podrían: (1) eliminar con eficacia la discreción del juez de conocimiento para permitir el descubrimiento relevante para la "materia objeto" de la acción; (2) eliminar el lenguaje establecido que permite a una parte buscar cualquier información "razonablemente calculada dirigida al descubrimiento de pruebas admisibles", y (3) transferir el principio de proporcionalidad y reubicarlo dentro de la definición del alcance del descubrimiento[89].

En la actualidad, en una demostración de buena causa, los jueces pueden garantizar el acceso al descubrimiento relevante en la materia objeto del litigio en sentido amplio. La propuesta de la Comisión, de modificar el artículo 26 (b) (1), sustituye una facultad de garantizar el descubrimiento de acuerdo con las "necesidades razonables de la acción"[90], lenguaje que es interpretado en limitar el descubrimiento en las acciones y excepciones ya reclamadas, pero no de manera más amplia que eso. Además, el proyecto de revisión de la Regla 26 eliminaría la frase que establece: "Información pertinente no necesita ser admisible en juicio si el descubrimiento aparece razonablemente calculado para conducir al descubrimiento de pruebas admisibles"[91]. El Comité explica que este cambio no tiene la intención de modificar la definición de "relevancia", sino más bien prevenir un uso inadecuado del descubrimiento de información que no es, de hecho, relevante[92]. Los críticos no están de acuerdo, sin embargo, argumentando que el cambio abriría una vía para las restricciones sobre el alcance de los descubrimientos más allá de lo que la regla permite actualmente[93].

---

Civil (Feb. 5, 2014); Beth Thornburg, Public Comments on Proposed Draft of FRCP Amendments, Letter to the Committee on Rules of Practice and Procedure (Enero 31, 2014).

88 Id.

89 *Ver* Borrador Preliminar, *supra* n. 82.

90 Decisión 192 sobre las Reglas Federales (192 F. R. D.) en 389.

91 En este sentido, la propuesta podría agregar una frase que omite la expresión "razonablemente calculada que pueda llevar al descubrimiento de prueba admisible". *Ver id.* En 289-90 ("La información dentro de este alcance del descubrimiento no necesita ser admisible como evidencia para ser revelable").

92 *Id*. en 266 (donde se expresa preocupación porque la expresión "razonablemente calculada" se invoca indebidamente" como si se definiera el ámbito de aplicación de descubrimiento" y como el establecimiento de "una norma amplia para el descubrimiento apropiado").

93 *Ver, por ejemplo,* Burbank (2014), *supra* n. 83; Joint Comments by Professors, *supra* n. 85; Thornburg, *supra* n. 85.

Tal vez, lo más significativo de la reforma a las Reglas de Descubrimiento es la propuesta de trasladar las consideraciones de costo-beneficio –la Regla de Proporcionalidad- en la definición del alcance admisible de descubrimiento. La Nota del Comité Asesor establece que la propuesta simplemente mueve las consideraciones ya "familiares" de la regla 26 (b) (2) (C) (iii) a la Regla 26 (b) (1)[94]. Durante las audiencias públicas, los miembros del Comité Asesor enfatizaron que este cambio no altera las cargas existentes actualmente[95], y sugirieron que el costo-beneficio de las provisiones está subutilizado y adquirirá una mayor atención y uso si se traslada a la parte anterior de la Regla 26.

Esta ronda actual de reformas al descubrimiento ha recibido previsible apoyo y oposición de diferentes segmentos, tanto de parte de los litigantes como de la academia, contribuyendo a un debate muy politizado sobre la reglamentación. Mientras que los proponentes ven las enmiendas propuestas como modificaciones beneficiosas a la normativa existente, los críticos han atacado las propuestas como nuevas restricciones para el acceso a la justicia[96], y denigrado los esfuerzos del Comité Asesor para enmendar aún más las Reglas de Descubrimiento, por considerarlas inadecuadas o por carecer enteramente de pruebas empíricas, y de que hay un amplio abuso del descubrimiento, lo que exige nuevas revisiones de las reglas[97].

En este sentido, las actuales enmiendas a la regla reflejan, sobre todo, el agresivo esfuerzo de lobby por parte de la comunidad empresarial para aprovechar las ventajas en el ámbito de los litigios civiles. Es más, los críticos sugieren que a pesar de las garantías del Comité Asesor, en sentido contrario la enmienda a la Regla cambiará radicalmente la carga de la prueba a las partes menos favorecidas en el pleito, esto es, los demandantes, y perjudica aún más la capacidad de estos para acceder a los materiales y a la información necesaria para probar su reclamación. Los críticos, por tanto, creen que los cambios en las reglas fomentarán una inequidad en el sistema, ya sesgado por los recursos y riesgos asimétricos en favor de los multimillonarios demandados.

Queda por verse si el Comité Asesor modificará o se retractará de alguna de las enmiendas propuestas a las Reglas de descubrimiento, a la luz de las audiencias

94 Borrador preliminar de las enmiendas propuestas, en 296 (página 16 de las enmiendas propuestas).

95 *Ver* transcripción de audiencia de Nov. 7, 2013en 32, 139-40, 154-56, 180-81.

96 *Ver por ejemplo* Burbank (2014), *supra* n. 83; Comentarios conjuntos de los Profesores, *supra* n. 85; Thornburg, *supra* n. 85.

97 Id.

públicas y de los comentarios escritos presentados. Sin embargo, si la historia sirve de guía, parece probable que estos cambios propuestos sean sancionados y promulgados a través del proceso de reglamentación, a pesar de la lluvia de oposiciones hechas por los críticos de la revisión de la Regla. Igualmente, queda por verse si los cambios a esta Regla modificarán el comportamiento de los litigantes y afectarán los resultados en los litigios en la forma prevista por la crítica.

## 4. Conclusión

El tema central de esta empresa ha sido considerar la intersección entre la verdad y el proceso. Los abogados de los sistemas civiles, a diferencia de sus homólogos norteamericanos, normalmente tienen un enfoque jurisprudencial de la justicia y la equidad, fundamentado básicamente en teorías abstractas de tales conceptos. Los abogados y los académicos civilistas, por tanto, son más propensos a participar en conversaciones acerca de la búsqueda de la verdad en el proceso judicial. Este tipo de diálogo, sin embargo, es un tanto ajeno al abogado estadounidense y propenso a crear no pocas inconformidades. Esto no quiere decir que la noble retórica esté totalmente ausente del discurso jurídico estadounidense: nuestros documentos fundacionales del siglo XVIII (la Declaración de Independencia y la Constitución) contienen un lenguaje y preceptos derivados de la teoría de la ley natural.

Sin embargo, la justicia procesal norteamericana, en los siglos XX y XXI, ha estado marcada por un peculiar enfoque en las cuestiones de la justicia, esto es, un pragmatismo granular basado en reglas que pueden buscar ostensiblemente la justicia, pero en realidad lo que pretenden es que las cosas se hagan de la forma más eficiente, rápida y económica posible. Los divulgadores originales de las Reglas Federales de Procedimiento Civil conceptualmente tuvieron la visión de un sistema procesal que podría validar la función de búsqueda de la verdad en el contexto de un sistema adversarial. Setenta años de experiencia con las Reglas, sin embargo, han demostrado el triunfo del principio adversarial sobre la función de la búsqueda de la verdad.

Cada empresa sucesiva en la reforma de la Regla de Descubrimiento ha ilustrado cómo, enfocados de manera miope, sus creadores las han convertido en ajustes de último minuto para fomentar una rápida, eficiente y menos costosa resolución de las causas. Aunque los críticos de las “reformas” a las Reglas condenan dichas medidas de constricción, en el sentido de que constituyen una denegación de acceso a la justicia, el concepto básico de la búsqueda de la verdad ha desaparecido del discurso sobre la naturaleza y la función del proceso estadounidense.

Los estadounidenses, y por extensión el subconjunto de los litigantes de ese país, no están dados a abordar discusiones filosóficas acerca de la verdad y de la justicia, o a razonar en torno a los principios fundacionales. En ninguna parte es esto más evidente que en las recientes adiciones al Principio de Proporcionalidad en las Reglas de descubrimiento. Aunque alabado como uno de los más grandes "pensamientos revolucionarios" a las Reglas de descubrimiento desde su creación[98], el principio de proporcionalidad también puede ser visto, de otro lado, como un aporte pragmático al valor de la eficiencia económica sobre la búsqueda de la verdad, porque en los análisis finales es difícil reconciliar cualquier concepto de proporcionalidad con la búsqueda de la verdad.

Además, si existe la verdad, o existen muchas verdades ¿cómo puede la búsqueda de la verdad ser limitada por una regla de proporcionalidad? Bien puede ser que no haya "verdad" objetiva y que la verdad de cualquier materia es intrínsecamente incognoscible o mutable. Pero esta es una pregunta para los filósofos y no para los creadores de las Reglas. Sin embargo, parece un asunto extraño para estos restringir artificialmente la búsqueda de la verdad mediante la reducción del alcance admisible de dicha búsqueda, a una prueba de múltiples factores, para ser subjetivamente balanceada por un funcionario judicial. Al final, el principio de proporcionalidad puede ofrecer solo verdades parciales, verdades engañosas o ninguna verdad al fin y al cabo. En consecuencia, el pragmatismo procesal estadounidense ha establecido que la segunda mejor verdad puede ser lo suficientemente buena.

## Bibliografía

Beisner, J.H. (2010). Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform, 60 Duke L.J. 547, 549

Burbank, S.B. (2014). Public Comments on Proposed Draft of FRCP Amendments, Letter to the Committee on Rules of Practice and Procedure (Feb. 10).

EU, Commission Recommendation (2013) of 11 June 2013 on Common Principles for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms in Member States Concerning Violations of Rights Granted Under Union Law, Official Journal L 201, 26/07/2013.

98 Richard Marcus, *Looking Backward to 1938*, 62 U. Pa. L. Rev. ___ (próximo a publicarse en 2014).

Favro, P. (2013) Proportionality: The Key to Reducing Corporate E-Discovery Requests, Inside Counsel (Enero 22,), disponible en: http://www.insidecounsel.com/2013/01/22/proportionality-the-key-to-reducing-corporate-e-di?page=1 (ultimo acceso: mayo 28, 2014).

Kakalik, J. S.; Hensler, D.R.; McCaffrey, D.; Oshiro, M.; Pace, N.M. & Vaiana, M.E. (1998). Discovery Management: Further Analysis of the Civil Justice Reform Act Evaluation Data, 39 B.C. L. REV. 613, 636.

Lee E.G. & Willging, T.E. (2012). Fed. Judicial Ctr., National, Case-Based Civil Rules Survey, Preliminary Report to the Judicial Conference Advisory Committee On Civil Rules (2009); Danya Shocair Reda, The Cost-and-Delay Narrative in Civil Justice Reform: Its Fallacies and Functions, 90 Or. L. Rev. 1085.

Marcus, R. (2014) "American Exceptionalism" en "Goals for Civil Litigation, Goals of Civil Justice and Civil Procedure" en Contemporary Judicial Systems 123 (Alan Uzelac, ed., Springer 2014) UC Hastings Research Paper No. 99.

Mullenix, L.S. (1994). Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking, 46 Stan. L. Rev. 1393, 1411-43

Mullenix, L.S. (1998) The Pervasive Mythof Discovery Abuse:The Sequel, 39 B. C. L. Rev.683.

Mullenix, L. (2001). Lessons From Abroad: Complexity and Convergence, 46 Villanova L. Rev. 1, 4-11.2013/396/EU: Commission Recommendation of 11 June 2013 on Common Principles for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms in Member States Concerning Violations of Rights Granted Under Union Law, Official Journal L 201, 26/07/2013 p.60 (2013).

Mullenix L. (2010), American Exceptionalismand TheTheory of Convergence: Are We there Yet?, Common Law, Civil law And The Future of Categories en Walkerand, J & Chase, O. eds. Lexis Nexis 2010, reimpreso en la edición 49 de The Supreme Court Review 2d Series 41.

Sorenson, Ch. W. (1995) Disclosure Under Federal Rules of Civil Procedure 26(A) - 'Much Ado About Nothing,' 46 Hasting L. J. 679, 693 n.° 42

Thornburg, E.G. (1999). Giving the "Haves" a Little More: Considering the 1998 Discovery Proposals, 52 S.M.U.L. Rev. 229.

Willging, T.E.; Stienstra, D; Shepard, J. & Miletich, D. (1998). An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments, 39 BCL REV. 525, 531-32.

Wright, Miller & Marcus (2010), Federal Practice & Procedure § 2008.1, en 159

# La verdad y la prueba judicial: La epistemología jurídica y las prácticas judiciales

## Truth and Evidence Law: Legal Epistemology and Judicial Practices

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo*[1]
*Universidad de Antioquia*
*Colombia*

## Resumen

La determinación de la verdad a partir de las pruebas es un asunto que no solo se relaciona con la epistemología, sino también con los modelos político-económicos de una sociedad. Con la ayuda de algunos conceptos foucaultianos se analizan las prácticas judiciales colombianas y se encuentra que la idea del juez, que declara la verdad a partir de las pruebas,

1 Profesor del Área de Derecho Procesal y Coordinador de la Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia). Miembro del Grupo de investigación "Estado de Derecho y Justicias -EDJ-" adscrito al Centro de Investigaciones de la misma Facultad. Este capítulo de libro es un producto del desarrollo del trabajo de tesis doctoral "El derecho a la Prueba en el C.G del P. Colombiano" inscrita el 22 de enero de 2014, en la Universidad de Rovira I Virgili (España) –en el programa doctorado en Derecho–, dirigida por el profesor Joan Picó I Junoy. E-mail: bernardo.ruiz@udea.edu.co

viene desde el Estado absoluto y obedece a la epistemología cartesiana del sujeto ideal. Esta idea se conserva en el Estado de derecho, pero el liberalismo le aporta a la epistemología del sujeto el interés y el verificacionismo. En este estudio, se aborda el análisis de la fase ideológica del liberalismo con Luigi Ferrajoli y se contrasta con el decisionismo realista de Foucault. Con Susan Haack, se estudian las prácticas adversariales con sus inconvenientes, y se ve cómo se favorecen algunos intereses particulares en desmedro de la justicia misma. Finalmente, se abordan los distintos consensualismos del derecho procesal colombiano, entre ellos las presunciones, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y el *plea bargaining*, con lo que se demuestra el nexo de las prácticas del liberalismo económico con el retorno a las antiguas formas de privatización de la justicia y al confesionalismo del Estado absoluto.

**Palabras clave:** Verdad procesal, epistemología jurídica, prueba judicial, verdad como correspondencia, verdad consensual, verdad negociada, presunciones, poder político, procedimiento.

## Abstract

The determination of truth from evidence is an issue related, not only to epistemology itself, but also to the political and economical models of a given society. With the aid of some Foucaultian concepts, we analyze Colombian judicial practices, to conclude that, behind the idea of a judge, declaring truth from evidence, persist the practices and comprehension of the Absolutist State and the Cartesian epistemology of the ideal subject. These ideas remained mostly unchanged in the Liberal State, mostly –and not totally-, because it managed to combine such epistemology with the notions of interest and verification. In this study, the theory of Luigi Ferrajoli works as an approach to the ideological phase of such liberalism, whilst Michel Foucault works as an approach to realist *decisionism*. The thought of Susan Haack is relevant to us, because it explains adversarial practices and uncovers its disadvantages, as it favors particular interests at the expense of justice. This study also focuses on the practical analysis of consensual mechanisms, alternative conflict resolution mechanisms and the plea bargaining in Colombian Procedural Law. It finishes by demonstrating the nexus between economic liberalism and the return to old ways of privatization of justice.

**Key Words:** Procedural truth, epistemology law, evidence law, truth as correspondence, consensual truth, truth bargaining, presumtions, political power, procedure

# Introducción

Se advierte que en este escrito se hace una analítica, desde lo que se ha denominado como la filosofía social, de las distintas concepciones de la epistemología que han tenido incidencia en las formas jurídicas de la verdad de la actualidad en Colombia y de las conexiones que ha tenido con la forma de organización política denominada Estado, con sus distintas mutaciones desde la época del Estado absoluto o de policía. Precisamente, uno de los temas que más se discute en la actualidad es si en el derecho probatorio los ámbitos de la epistemología y el poder político o económico son contrapuestos o incompatibles; por esa razón se pregunta si la verdad de los hechos está en contraposición con las reglas que tienen un carácter axiológico o político. En este sentido, se parte de la idea de que es posible hablar de la verdad en los procesos judiciales, aunque no discute sobre las condiciones ideales de la misma. También se parte de la idea de que los ámbitos de la política y la epistemología son irreductibles entre sí, por lo tanto, existe una separación entre ellos, no obstante, es posible encontrar explicaciones epistemológicas a las formas de Estado, como también hay explicaciones políticas y económicas de las formas jurídicas de la verdad. Por ello, en lo jurídico se trenzan explicaciones jurídicas y sociopolíticas de las reglas de obtención y justificación de la verdad.

Antes de concretar mejor el objeto de estudio de este artículo, es pertinente explicar algunos conceptos importantes para este trabajo, tales como: derecho procesal, epistemología, decisionismo-normativismo y prácticas judiciales. En efecto, cuando se habla de derecho procesal colombiano, se hace referencia a las reglas jurídicas relacionadas con los Códigos General del Proceso, Ley 1564 de 2012 (en adelante C. G del P.) y del Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 (en adelante C. de P. P.). Se advierte que el C. G. del P. aún está pendiente de su plena vigencia; no obstante, se trata de mirar sus novedades más importantes a la luz de la epistemología jurídica. Igual estudio se hará con respecto al C. de P. P.

Cuando se hace referencia a la epistemología como el eje desde el cual se estudia la verdad en la prueba judicial, se trata es, según Dwyer (2008), de la justificación intersubjetiva de los hechos basados en la prueba; desde la epistemología jurídica, el objetivo final de la determinación jurídica de los hechos es llegar a un conjunto de proposiciones fácticas que se justifican por ser, como mínimo, indicativas de la verdad (p. 16). En el ámbito judicial probatorio, la epistemología trata de las condiciones en las cuales es racionalmente aceptable una decisión sobre los hechos. Por esta razón, es imprescindible el análisis de las reglas jurídicas que regulan la conversión de las fuentes en medios tales como las presunciones legales, las concepciones adversarial y dispositiva de los procedimientos judiciales,

las exclusiones y los negocios procesales. Estas reglas inciden en la calidad de la determinación de la verdad a partir de los hechos en los procesos judiciales. Se advierte, sin embargo, que el consensualismo, tendencialmente, es la negación de la epistemología misma.

En este análisis, se tendrá presente que existen dos formas de abordar las instituciones del Estado o del derecho: desde los ideales a alcanzar o desde los efectos que producen en las personas y en las prácticas de esas instituciones. Según Cusset & Haber, esta distinta perspectiva corresponde a la diferencia que existe entre la filosofía prescriptiva y lo que se ha llamado la filosofía social crítica (2007, pp. 12-13). La perspectiva que se prefiere en este trabajo es la de la filosofía social crítica a fin de analizar los discursos judiciales sobre los conceptos universales como Estado, verdad, derechos fundamentales o soberanía, elaborados por la doctrina filosófico-jurídica, teniendo en cuenta sus efectos en la práctica social del control o de la vigilancia o de la seguridad o de la economía política. Por lo tanto, se evitará estudiar la prueba judicial o la verdad procesal o la epistemología jurídica solo en sus ámbitos teóricos o universales, en tanto que se le da preferencia a la manera en que funcionan en Colombia en las prácticas judiciales discursivas.

Por lo tanto, se abordan las relaciones entre el derecho y la política frente a la cual, en la filosofía del derecho, se pueden diferenciar dos tipos de posiciones: de un lado, el normativismo, y del otro, el decisionismo. Los normativistas pregonan una filosofía fundamentalmente prescriptiva, y los decisionistas prefieren los estudios de las prácticas y se presentan principalmente como realistas.

De otra parte, con el término prácticas judiciales, según Foucault, se hace referencia

> […] a la manera en que entre los hombres se arbitran daños y responsabilidades; el modo en que, en la historia de Occidente se concibió y se definió la forma en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido […] todas esas prácticas […] son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber […] (2003, p. 16).

En la actualidad, en Colombia puede decirse que las prácticas judiciales son una modalidad de solución de conflictos que predominantemente se sustenta en la idea de un sujeto denominado juez en el cual hace eclosión la verdad a partir de las pruebas y de la interpretación de las reglas jurídicas en expresión de la voluntad del Estado; al mismo tiempo, en la construcción de esa verdad, intervienen actos de conformidad o voluntad de las partes que se realizan mediante diversos mecanismos que oscilan entre la libertad, la necesidad y el interés.

En efecto, surgen cuestionamientos ante las transformaciones históricas que ha sufrido el derecho procesal colombiano, en especial, el cambio de la tradicional concepción de la verdad como correspondencia hacia lo que en la época contemporánea se ha denominado consensualismo. En este sentido, en el C.G del P. no solo se recogen los métodos alternativos de resolución de conflictos que se vienen implementando desde finales de los 80 en el pasado siglo (por ejemplo, la conciliación se implementa con mayor rigurosidad a partir del Decreto 2282/1989), sino que ha creado múltiples presunciones de verdad a partir del comportamiento procesal de parte; asimismo, el C.P.P conserva la línea de la justicia negociada que se ha venido regulando desde los años 80, en un inicio, para algunos delitos en especial (terrorismo, secuestro o narcotráfico), pero que se regula su aplicación como regla general a partir del Decreto 2700/1991 (con la denominada sentencia anticipada). En estas reglas que gobiernan la epistemología jurídica se van notando las concepciones normativistas o decisionistas con los diversos matices de las entramadas relaciones entre el derecho y la política.

Para el desarrollo de la problemática en cuestión, el presente escrito se concentrará en la realización de los siguientes objetivos: 1. El estudio, desde las relaciones entre el derecho y la política, de las diversas formas de justificación de la verdad a partir de las pruebas judiciales que se presentan en el C.G del P. y en el C.P.P colombianos; más precisamente, describir los ámbitos en los que opera una concepción fundacionalista de la epistemología. 2. Examinar la justificación de la decisión judicial en los ámbitos en los que operan las modalidades de consensualismo procesal tales como la justicia premial del Código de Procedimiento Penal, lo mismo que los mecanismos alternativos de solución conflictos y las presunciones de que trata el Código General del Proceso, teniendo presentes sus conexiones con el orden político-económico. 3. Finalmente, en este mismo sentido se estudian los sistemas procesales adversarial y dispositivo.

Para efectos de abordar este objeto de estudio, en el presente trabajo se comenzará inicialmente con el desarrollo de la verdad jurídica y el poder de soberanía; luego se abordará el estudio de las formas jurídico-procesales que apuntalan la idea de la verdad común y su conexión con el liberalismo; finalmente, se abordarán algunos de los dilemas más importantes de la verdad en la prueba judicial, tales como el fundacionalismo, el coherentismo y el consensualismo.

# 1. La verdad jurídica y el poder de soberanía

La verdad jurídica, tal cual funciona en la actualidad, en el derecho procesal colombiano, y en general en la tradición jurídica europea, se encuentra estrechamente intrincada con el ejercicio del poder de soberanía desde la época del Estado

Absoluto. Se podrá percibir como nuestro derecho probatorio conserva algunas de las características propias del llamado Estado absoluto o Estado de policía de las monarquías europeas de los siglos XVI al XVIII; pero también tiene otros componentes que se superponen luego con la época del iluminismo. Se pueden rastrear también las distintas concepciones epistemológicas de nuestro derecho procesal actual y sus conexiones con las prácticas gubenamentales en el ejercicio del poder de soberanía con sus mutaciones históricas. Precisamente, sobre las conexiones entre la verdad y el poder político, dice Foucault (2000, p.24):

> […] el poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar; tenemos que decir la verdad, estamos forzados, condenados a confesar la verdad o a encontrarla […] Después de todo, somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a cumplir tareas, destinados a cierta manera de vivir o a cierta manera de morir, en función de discursos verdaderos.

De conformidad con esta idea, la verdad se encuentra intrincada con el poder político y económico de una sociedad. No obstante, se advierte que, por el hecho de que la verdad tenga conexiones con el poder político-económico, esto no significa que la verdad sea inexistente, o que se confunda con la misma política, o que esté causalmente condicionada a la economía o al poder político; tampoco puede decirse que la verdad como tal sea buena o mala, conveniente o inconveniente. Las formas jurídicas de la verdad en la solución de conflictos dentro de una sociedad tienen explicaciones en un ámbito político o económico. Se observa que las prácticas judiciales legitiman las condenas o castigos de las personas con una concurrencia de diversas verdades. Estas prácticas tienen la siguiente estructura básica: la supresión o limitación por parte de un órgano judicial, de un derecho de una persona, fundado en el establecimiento de la verdad jurídica o fáctica. Por lo tanto, la sanción o la condena son un juego de limitaciones a las libertades, legitimadas a partir de un repertorio de verdades. La condena o la sanción es, básicamente, un poder que se ejerce sobre el cuerpo y el alma de las personas y que se justifica a partir de una articulación de saberes. En los castigos, en estas prácticas, confluyen saberes legitimadores tanto intrasistemáticos como extrasistemáticos al derecho; por tanto, son jurídicos pero se conectan con discursos como la filosofía, la epistemología, la medicina o la psicología.

Pensando en estas relaciones entre la verdad y la política, Foucault (2003) menciona que se pueden hacer dos tipos de historias de la verdad: la verdad interna y la externa; la una ocurre en el interior de las mismas ciencias; la otra se refiere a cómo la sociedad define ciertas reglas a partir de las cuales nacen ciertas subjetividades, o tipos de discurso, o dominios de objeto (p. 15). Lo interno en las ciencias es la epistemología y sus estándares de validez, y de los mismos puede resultar que un determinado saber sea falso o infundado. Lo externo lo constiyen las prácticas socioeconómicas o culturales o gubernamentales de una sociedad.

Las ciencias, en especial las sociales, pueden verse influenciadas por los prejuicios culturales frente a fenómenos como la sexualidad o la locura como ha ocurrido con la psiquiatria al momento de definir la normalidad. En las prácticas judiciales puede ocurrir que un sistema normativo funcione adecuadamente en una cultura, pero en otra tenga resultados totalmente distintos. En fin, esta distinción le permite a Foucault criticar la idea de la Escuela de Francfort del carácter intrínsicamente opresivo de la razón; advierte este autor que en la sin razón también hay abusos y opresión (Foucault, 2007, pp. 54-55). El hecho de que el poder político o económico esté imbrincado en la verdad jurídica no significa que la misma sea, *per se,* opresiva o abusiva; los abusos no son de la verdad misma, sino del ejercicio del poder.

Precisamente, en el ámbito de las prácticas judiciales con las diversas conexiones que tienen con el poder político o económico o la cultura se forma lo que Foucault (2007, p. 55) denomina los regímenes de verdad, los cuales históricamente se van superponiendo o mutando según las modalidades de prácticas gubernamentales (ejercicio del poder político en una sociedad). Estas prácticas son básicamente dos: el Estado absoluto y el Estado de derecho. Las prácticas judiciales se caracterizan según las prácticas gubernamentales en las que actúan, y las distintas modalidades se pueden clasificar según el juego que tengan con tres dispositivos: indagación, confesión y seguridad. De acuerdo con Castro (2004), los dispositivos son figuras que permiten relacionar elementos heterogéneos: discursos, instituciones, leyes, reglamentos, proposiciones filosóficas o morales (pp. 98-99), permiten realizar análisis transdisciplinarios. A continuación, se verá cómo juegan en las prácticas judiciales la indagación, la confesión y la seguridad en el Estado absoluto y en el Estado de derecho; y, al mismo tiempo, se expondrán las concepciones epistemológicas que se van sucediendo o superponiendo.

Las formas jurídicas de la verdad en la forma en que funcionan en la actualidad en Colombia tienen algunas relaciones con la epistemología moderna. En efecto, la idea cartesiana del sujeto universal, totalizante y neutral se desarrolla en el ámbito político con el poder de soberanía y se instaura bajo la égida del pacto o el contrato de sujetos ideales, neutros y universales que se apoyan en la razón o en la divinidad para estructurar el poder. Esta idea es ampliamente desarrollada por los filósofos políticos del contractualismo como Hobbes, Rousseau y Rawls. El filósofo Morey (1990) menciona que, en el pensamiento foucaultiano, hay un estudio sobre la concepción del sujeto de Descartes, explicando que este tipo de sujeto versa sobre un "Yo, en tanto que sujeto único pero universal y no histórico"; el Yo de Descartes es todo el mundo, no importa dónde y en qué momento (p. 22-23). Foucault (2003) menciona que Descartes apuntala la idea del sujeto universal, núcleo central del conocimiento en el que se revela la libertad y en el que hace eclosión la verdad; esta idea parte de la antigua explicación sobre la verdad que

se encuentra en la figura del Anacoreta de Sócrates, consistente en que el conocimiento idealmente aparece en el sujeto que se aísla del poder o de los arraigos o de las posesiones (p. 27). En este sentido, Hobbes (1999) funda la soberanía monárquica en el contractualismo, mediante el cual existe un acto de voluntad de unos sujetos que se ponen en condiciones ideales de conocimiento que pactan la creación del soberano (pp. 116-127), y por lo tanto, fundan el Estado.

Ciertamente, el sistema jurídico actual aún tiene como matriz la idea epistemológica del *cógito* universal, que subyace en la misma base del Estado. En efecto, la concepción racionalista de un sujeto ideal es la herramienta para estructurar una forma de gobierno de los hombres que es el poder de soberanía. El poder de soberanía de la actualidad, en el ámbito jurídico, con algunas mutaciones, básicamente es el mismo de los siglos XVII y XVIII europeo, en la época en que se creó y funcionó el modelo de Estado absoluto. Desde esa época, en cuanto a lo jurídico, este poder aún se sigue revelando con la concentración de las armas, la centralización del orden jurídico y el aparato de justicia que lo aplica (la jurisdicción). Así, el poder de soberanía que encarna el Estado es el que define o arbitra a cada momento las libertades o los derechos de las personas. Esta idea básica de poder de soberanía en la época actual ha sufrido varias mutaciones: de un lado, la aparición del Estado de derecho entre fines del siglo XVIII y principios del XIX; del otro, la aparición del Estado social de derecho y también del derecho internacional; desde luego, la soberanía ha dejado de ser monárquica y se ha generalizado la democrática. Observa Foucault (2000a, pp. 162-164 y 197-204) que el constructo de tal sujeto ideal, fundante del Estado y su aparato de justicia, nace bajo la ficción de romper con el conflicto, por lo que cumple la función de encubrir la guerra o el conflicto permanente en la sociedad.

Entre las características propias de la época del Estado absoluto que conserva en alguna medida la justicia judicial actual, en Colombia se encuentra que la justicia es ejercida por un órgano denominado jurisdicción que la centraliza en el Estado y la ejerce con exclusividad. Por lo tanto, la figura del juez corresponde a esta concepción de un sujeto ideal que administra justicia sobre los súbditos (en la monarquía) o de los ciudadanos (en los sistemas democráticos). Además, tanto el juez como la policía hacen parte de la estructura del Estado, aunque con la división de poderes de la Modernidad.

De otro lado, según Foucault, el Estado de derecho se define por oposición al despotismo y al Estado de policía. El despotismo reduce todo a la voluntad del soberano, y el Estado de policía establece un continuo entre todas las formas posibles de órdenes del poder público. En el Estado de derecho, los actos del poder público no pueden tener validez si no se enmarcan en leyes que los limitan de antemano. Incluso, a mitad del siglo XIX se profundiza más el Estado de derecho

con la aparición de los tribunales administrativos, mediante los cuales cada ciudadano tiene posibilidades institucionalizadas y eficaces de recurso contra el poder público; a partir de esta época el Estado de derecho se entiende como de leyes y de instancias judiciales que arbitran las relaciones entre individuos, y entre estos y el poder público. Finalmente, el Estado constitucional se entiende como supremacía de los derechos fundamentales, por lo que tanto el legislador como los gobernados se encuentran sometidos a los mismos, pero es el juez quien en última instancia decide sobre ellos. Hay que precisar que no es posible decir que el Estado constitucional haya sustituido al Estado de derecho, sino más bien que se le ha superpuesto ya que conserva características de este último como también del mismo Estado absoluto.

En el régimen del Estado absoluto (siglos XVI, XVII y gran parte del XVIII), la relación entre la verdad y el poder político la explica Foucault mencionando que el cuerpo humano del justiciable se instrumentaliza con el fin de obtener la verdad para la realización de la justicia del soberano; es un régimen en el que se combina la indagación que se venía desarrollando desde atrás y la confesión bajo tortura que funcionaba a la manera medieval de la ordalía. Con el término indagación, Foucault (2003) se refiere a una técnica que permite saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento; esta técnica reaparece en la Edad Media como forma de investigación de la verdad en el seno de algunas prácticas gubernamentales administrativas (técnica del control por el soberano del territorio conquistado y para el cobro de impuestos) y en el ámbito judicial (pp. 16-17). En otras palabras, la indagación es la misma investigación en el ámbito de las ciencias, pero realizada por un órgano o funcionario del Estado o gobierno o de la justicia para verificar conductas o hechos de interés oficial. Foucault (2003) menciona que las técnicas de la indagación del Estado absoluto fueron tomadas por Bacon para hacer su propuesta del método científico que se desarrollaría en la Modernidad (pp. 228-229). El derecho probatorio tal cual funciona en la actualidad tiene similitud con la idea básica de la indagación del Estado absoluto.

Foucault (2003) explica que en el Medioevo, bajo la influencia del derecho germano la liquidación judicial se presenta como una forma de lucha entre los contendientes. El derecho era una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza (pp. 68-74). Lo más característico de este sistema es que la prueba judicial era una manera de ritualizar la guerra; era un operador de derecho, un permutador de la fuerza por el derecho, especie de *shifter* que permite el pasaje de la fuerza al derecho (Foucault, 2003, pp. 71-75). La posible explicación a esta forma jurídica de resolver las disputas se encuentra en que en el Medioevo existía una frontera difusa entre el derecho y la guerra; se concebía el derecho como una forma de continuar con la guerra. Así, la liquidación de los conflictos se daba entre los particulares; el líder político o

religioso o el juez solo intervenía como árbitro para comprobar la regularidad del procedimiento; esto favorecía a que los que tenían más poder bélico y económico ganaran los litigios (Foucault, 2003, pp. 76-78).

En los siglos XII y XIII, empieza a usarse la indagación por el poder político como forma para obtener la verdad, pero fue un proceso acompañado de la consolidación del poder bélico en los monarcas europeos que se realizó hasta la Inquisición. El delito comienza a ser una infracción contra el soberano y no simplemente algo entre particulares, pero al mismo tiempo adquiere también un carácter religioso, por lo que se formó una conjunción entre delito y pecado. Esto permitió que las grandes monarquías se construyeran con base en las confiscaciones de bienes a los infractores o enemigos del soberano y la religión; al monarca le produce grandes réditos políticos y económicos la concentración de la justicia en su poder. Mediante la indagación desaparece la prueba como un juego o desafío entre los particulares, ya que ni el procurador ni el rey arriesgarían su vida en estas prácticas de hacer justicia, por lo que se crean nuevas formas jurídicas de establecer los hechos (Foucault, 2003, pp. 81-84). La investigación judicial nace así como un poder del soberano abrogándose la facultad de establecer las reglas para obtener la verdad; por lo tanto, se encuentra vinculada al nacimiento de los Estados y de la soberanía monárquica (Foucault, 1988, p. 228).

En el Estado absoluto, la combinación entre la tortura y la confesión funcionó a la manera de una ordalía que consistía en un juego judicial reglado que se realizaba entre el juez que ordena el tormento y el sospechoso a quien se le sometía a una serie de pruebas, graduadas en severidad y de las cuales triunfa "resistiendo" o ante las cuales fracasa confesando. Pero el juez no impone la tortura sin aceptar, por su parte, riesgos (y no es únicamente el peligro de ver morir al sospechoso) como el de perder los elementos de prueba que ha reunido, pues la regla impone que si el acusado "resiste" y no confiesa, se vea el juez obligado a abandonar los cargos (Foucault, 1988, p. 46). En la tortura se mezclan un acto de información y un elemento de castigo; cada indicio aportaba consigo un grado de abominación; así, una semiprueba no volvía inocente al sospechoso, sino que hacía de él un semiculpable. Un determinado grado de prueba ponía en juego legítimamente una práctica que tenía doble papel: comenzar a castigar con base en elementos de conocimiento ya reunidos, y servirse de este comienzo de pena para arrancar el resto de verdad que todavía faltaba (Foucault, 1988, pp. 47-48).

En el Estado absoluto, se estaba ante un régimen de verdad que con la ayuda de sus dispositivos como la indagación, la confesión, con las diversas técnicas de obtención del conocimiento como la tortura, la conjunción entre poder político y religioso, constituye un sujeto enemigo sobre cuyo cuerpo cae todo el poder del individuo soberano a través de sus instituciones como los jueces, los procuradores

y la policía. El dominio del soberano con su poder de castigar recae directamente sobre el cuerpo del súbdito. La intervención del soberano sobre el infractor o posible infractor es ilimitada, incluso, se toma la vida del mismo. La policía y las demás instituciones del soberano toman directamente el cuerpo del súbdito para afirmar el poder soberano vencedor.

Se puede ver, entonces, que el derecho probatorio actual, con sus formas jurídicas de obtención de la verdad, en algunos aspectos es heredero de las prácticas gubernamentales y económicas del Estado absoluto; ya que conserva la idea de que la justicia se realiza con exclusividad por un sujeto juez, que representa el poder de soberanía, que se pone en condiciones ideales de neutralidad, decide a quien suprimir, o limitar, o conceder derechos con fundamento en la investigación de la verdad a partir de las pruebas judiciales. También se han resaltado algunas características de prácticas judiciales, que en alguna medida, como se verá luego, se retoman en la época actual, tales como el confesionalismo.

En lo epistemológico, como se estudia luego, la idea del sujeto ideal cartesiano que es fundamento del constructo metafísico del poder de soberanía y que, al mismo tiempo, permite establecer la verdad mediante la prueba empírica, encuentra su reflejo en lo que se denomina el fundacionalismo. Asimismo, en el liberalismo el poder de soberanía se sigue fundando en el pacto social (ahora rousseauniano, democrático) y la verdad, en gran medida, se sigue estableciendo por el sujeto juez que se pone en condiciones ideales de conocimiento a partir de las pruebas (ahora de contenido más empírico, incluso de carácter científico). Como se verá en el acápite siguiente, con la introducción de las prácticas gubernamentales del liberalismo, el poder del soberano disminuye el control sobre el cuerpo del justiciable y surgen poderes socioeconómicos que limitan el poder de soberanía, pero al mismo tiempo tiene un papel primordial el dispositivo de la seguridad.

## 2. La verdad común y el liberalismo

En este acápite se estudia como las prácticas gubernamentales del poder de soberanía democrático tienen relaciones muy estrechas con las prácticas judiciales. El liberalismo genera un idealismo en cuanto a lo político y lo epistemológico; pero al mismo tiempo se dan unas prácticas sociales y económicas que tienen como componente básico la seguridad. El normativismo liberal se constituye en un sistema político ideal para la práctica de una epistemología objetivista crítica y unas reglas jurídicas favorables para obtención de la verdad. No obstante, el componente de la seguridad y el advesarialismo extremo tienen una interacción

con el poder político-económico que pueden convertir la búsqueda de la verdad en un ámbito sesgado e incluso opresivo.

Las visiones de la verdad en el liberalismo se analizan de la mano de dos autores que abordan la temática: Ferrajoli y Foucault; el primero con un análisis con tendencia normativista, y el segundo decisionista. Con normativismo se quiere significar a la filosofía que tiene como objeto los ideales políticos o morales prescritos por la naturaleza o por Dios a los que debe tender una sociedad. Por lo tanto, se distingue entre el deber ser y el ser; entre el derecho y la política. Por su lado, los decisionistas son realistas y consideran que los análisis se deben concentrar sobre las prácticas gubernamentales o sobre la política; las decisiones siempre obedecen a las necesidades políticas o de la naturaleza, y no están sometidas a los ideales. Por ejemplo, desde el decisionismo de Schmitt, todo derecho es un "derecho de situación", y por lo tanto, es el soberano el que decide qué derecho aplicar: el normal o el excepcional (Schmitt, 2001, pp. 28-29). Por su lado, Hobbes considera al poder del soberano como absoluto, en el sentido de que este "no está obligado a sus leyes, porque nadie está obligado contra sí mismo" (1999, pp. 68,106); no obstante, este autor tiene componentes normativos tales como el contractualismo (1999, pp. 116-127). Ferrajoli tiene la tendencia a estructurar su filosofía prescriptiva a partir de los ideales políticos del liberalismo; por su parte, Foucault se concentra en las prácticas gubernamentales de liberalismo.

Dado que en este acápite se quiere caracterizar la verdad judicial dentro del liberalismo, el entendimiento como "verdad común" desde Foucault puede ayudar a comprender mejor, por contraste, la concepción de verdad que impera en la actualidad. Se advierte que la verdad común en Foucault es un concepto tendencialmente decisionista en el sentido de que es realista y se extrae de las prácticas judiciales de la Ilustración; por lo tanto, no es la verdad ideal, ni tampoco la que está aislada del poder político o económico, sino que la verdad judicial se aproxima a los métodos comunes en cuanto a las formas de su obtención, tal cual se manifiestan desde finales del siglo XVIII, con la proscripción de las prácticas judiciales inquisitivas. Forma "común de verdad" significa en el contexto de la economía del castigo de los iluministas que "la verificación del crimen debía obedecer a los criterios generales de toda verdad" (en los filósofos, los científicos, economistas o en las formas sociales de conocimiento). Esto explica, por lo tanto, en el proceso judicial la reaparición de la distinción entre las funciones de acusación y de juzgamiento, la prohibición de la tortura para obtener la confesión y la libre apreciación de la prueba. Esta última consiste en un sistema complejo que utiliza el sentido común, las ciencias y una serie de discursos de relación infinita para conformar la convicción del juzgador (Foucault, 1988, p. 102).

El filósofo del derecho, Ferrajoli (2005), desde una perspectiva normativista parte de la dicotomía saber-poder, por lo que el proceso judicial se concibe como una combinación de conocimiento (*veritas*) y decisión (*auctoritas*), en la que existe una relación negativa entre una y otra categoría ya que en cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa. Esta dicotomía desarrolla otra: cognoscitivismo-decisionismo; el cognoscitivismo significa que la justicia debe ser con verdad, ya que sin verdad la justicia sería arbitrariedad, aunque se reconoce que la justicia completamente con verdad es una utopía (p. 45-46). Para Ferrajoli el sistema jurídico ilustrado es el ideal, por lo que su propuesta filosófica de derecho punitivo se estructura a partir de la filosofía política y de los principios jurídicos (Bentham, Voltaire, Beccaria y otros) que nacen desde este sistema (Ferrajoli, 1995, pp. 37-40).

Ferrajoli crea una axiomática a partir de unos principios que le dan legitimación al sistema jurídico y que se encuentran en lo que él denomina las constituciones políticas modernas de los países democráticos y en los tratados internacionales de derechos humanos; propone como axioma principal el valor de la persona como fin y nunca como medio o instrumento; a partir de este axioma se desprenden cuatro criterios que sirven para determinar los principios axiológicos fundamentales: la igualdad, la democracia, la paz y la ley del más débil (2001, pp. 314-371); este último como tutela del individuo frente a los poderes salvajes de la sociedad (Ferrajoli, 2000, pp. 122-125). Para este autor, los derechos fundamentales, que en gran medida tienen su origen ideológico en la Ilustración, son la base y el fin del sistema jurídico y del Estado. De tales principios, Ferrajoli propende por la creación de una axiomática mediante la cual, formal y materialmente, se someta tanto al legislador en la creación de las normas jurídicas, como al juez al momento de la aplicación de las mismas y que se constituya, así sea una petición de principio, en el fundamento y en el fin del Estado constitucional de derecho.

Consecuente con sus bases liberales, la epistemología de Ferrajoli (1995, p. 47-66) es objetivista, ya que tanto la verdad fáctica como la jurídica se pueden obtener: la primera mediante la verificación probatoria, y la segunda mediante los métodos de interpretación jurídica. Este autor defiende una concepción factual del proceso en el sentido de que debe versar sobre hechos, no sobre la moralidad; la jurisdicción se justifica cuando su actividad recae sobre hechos; el ciudadano solo puede ser juzgado por lo que ha hecho, y no por lo que es. El juicio debe tener carácter cognitivo y jurisdiccional, por lo tanto, debe repeler lo potestativo o la intromisión de juicios morales o el poder político; los delitos deben consistir en hechos empíricos taxativamente señalados de manera que resulten verificables (y refutables) las tesis judiciales (Ferrajoli, 1995, pp. 222-224).

Ferrajoli dice que el sistema de garantías fue producto de reflexiones filosófico-políticas creadas antes del nacimiento del Estado de derecho moderno (Ferrajoli,

1995, p. 234), por lo cual hay una línea de continuidad hacia la perfección entre los derechos naturales del Medioevo y los derechos humanos de la Ilustración y los derechos fundamentales en la vida contemporánea. Podríamos estar de acuerdo en que todos hacen referencia a una idea de libertad o de igualdad, pero tienen sentidos históricos y condiciones socioeconómicas y políticas diversas. En efecto, la libertad que reclaman los liberales del siglo XVIII es muy diferente a la que reclamaron los nobles frente al monarca del Medioevo; a su vez, la idea de libertad e igualdad en el liberalismo actual es diversa a la de los ilustrados; además, la libertad de los liberales no es solo el sueño de la razón sino más bien una forma de gobierno, cuando se le analiza desde las prácticas gubernamentales, sobre todo, desde el dispositivo de la seguridad.

El iluminismo, el punto histórico en el cual Ferrajoli percibe el ideal filosófico-político creado por la razón para la realización de la justicia, es visto por Foucault en términos muy diversos. Lo que percibe Foucault es la conexión histórica entre el *homo legalis* y el *homo oeconomicus*. Tal idealismo es creado pasando la comprensión de los fenómenos sociales bajo el esquema de la inteligibilidad de la economía. El sistema se crea con cálculos económicos en los que se mide la relación costo-beneficio de las instituciones punitivas. También Foucault percibe el panoptismo social dentro del iluminismo; para la época ya lo que él denomina como el poder disciplinario se extiende sobre la sociedad, no solo con la vigilancia y el control policial de la población, sino también por las fábricas, los talleres, las escuelas y los hospitales, lugares en los que la conducta de los individuos es vigilada, controlada y sancionada permanentemente; son unos micropoderes con sus respectivos sistemas sancionatorios. Por lo tanto, mientras la ideología liberal pregonaba las libertades, las prácticas sociales, económicas y gubernamentales establecen regímenes disciplinarios en todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo el rol que cumple la policía.

Las prácticas socioeconómicas y gubernamentales de la Modernidad que se relacionen con formas de obtener la verdad jurídica tienen conexión con el desarrollo del liberalismo desde la mitad del siglo XVIII europeo. El liberalismo se desarrolla bajo la égida del sujeto de derecho-sujeto de intereses en el que se concibe la libertad como derecho y como condición de gubernamentalidad. Como derecho hace referencia al límite de los abusos de los gobernantes, y como forma de gobierno conlleva a que el poder político implemente las condiciones de seguridad en las cuales se pueda desarrollar esa libertad.

Precisamente, el dispositivo de la seguridad se relaciona con rol de la policía en las prácticas gubernamentales del Estado absoluto y continúa en las prácticas sociales liberales. El papel de vigilancia de la policía va unido al aparato de justicia en el iluminismo. Foucault señala que policía y justicia marchan juntas como las

dos acciones complementarias de un mismo proceso, con lo cual garantiza "la acción de la sociedad sobre cada individuo", y la justicia "los derechos de los individuos contra la sociedad" (Foucault, 1988, p. 101). De esta forma, al mismo tiempo que se instaura todo el ideario libertario, la policía sigue cumpliendo su función de controlar y vigilar a todos los individuos dentro de la sociedad. La libertad y la seguridad se arbitran alrededor de la noción de riesgo o peligro en el liberalismo. Esta forma de gobernar la libertad en el liberalismo es algo inmanente al mismo. La intervención en la gubernamentalidad liberal es el acontecimiento riesgoso o peligroso que activa la seguridad para garantizar la libertad, así sea el sacrificio de la libertad de unos para asegurarles la libertad a otros.

Para Foucault, las técnicas de seguridad buscan maximizar los aspectos positivos, que se circule lo mejor posible, y minimizar, al contrario, los aspectos riesgosos e inconvenientes como el robo, las enfermedades, sin desconocer que jamás se los suprimirá. Por lo tanto, se trabaja no solo sobre datos naturales sino también sobre cantidades que son relativamente reducibles, pero nunca por completo. Además, el espacio de la seguridad remite a una serie de acontecimientos probables, en la que se despliegan sucesos temporales y aleatorios. Este espacio lo denomina el autor como *medio*. Medio es un término reciente en biología, aunque ya existía para la física; con el mismo se pone en cuestión el asunto de la circulación y la causalidad; es un elemento en cuyo interior se produce un cierre circular de los efectos y las causas, porque lo que es efecto de un lado, se convertirá en causa de otro lado (2006, pp. 40-41).

Foucault, a diferencia de los discursos de los filósofos normativistas, no piensa el poder en términos morales o de legitimidad. Para Foucault, el derecho desde el Medioevo ha tenido como función disolver o enmascarar la existencia de dominación, ya que el derecho de lo que se ha ocupado es de legitimar el poder de soberanía y servir de instrumento de este poder para fundar la obligación de obediencia. Por tanto, para Foucault es necesario que el derecho se separe del poder de soberanía, que no continúe justificándolo ni prosiga fundando su obediencia. Pero también el derecho debe oponerse a las instancias normalizadoras dentro de la sociedad, mediante las cuales los individuos terminan siendo instrumentalizados en función de ciertos intereses.

De todo lo antes dicho puede concluirse que Foucault prefiere la línea de la acción política al ejercicio del derecho. Foucault, al contrario de normativistas como Ferrajoli o Alexi, piensa que el poder político no puede estar sometido al derecho. Con esto no se quiere decir que en Foucault haya un rechazo ciego al normativismo, ni al derecho, ni mucho menos a los ideales filosóficos de las libertades individuales; lo que rechaza Foucault es que se justifique que el poder de soberanía o las instancias normalizadoras en la sociedad se conviertan en conductoras de la

verdad o de los ideales. En efecto, el poder de soberanía requiere de instituciones y órganos para llevar a cabo un ideal filosófico, y tales instituciones terminan por tejer unas relaciones de poder en las que finalmente algunos hombres acabarán sacrificados en nombre de tal ideal.

El liberalismo, perfila muchas de las características que tiene el derecho probatorio colombiano actual, entre ellas la libertad de prueba; las prohibiciones del trato cruel, degradante e inhumano; características que se explican a partir de la epistemología del sujeto de interés, ya que implica dejar que los sujetos se desenvuelvan libremente, en forma natural, en la sociedad, para lo cual, no solamente la iniciativa del proceso, de la pretensión y de la prueba son asuntos que se dejan a la libertad de las partes, sino que también al juez se le libera de las tarifas probatorias para que decida con base en el sentido común; las reglas del proceso como extensión de las reglas naturales de la economía. Estos aspectos, como se estudia luego, que se relacionan con el adversarialismo o el dispostivismo procesal, ya que las prácticas sociales y económicas exigen que el proceso judicial se desarrolle a la manera de una especie de "darwinismo".

La epistemología iluminista continúa con el fundacionalismo en sus manifestaciones metafísicas (contrato social) como en las empíricas; en este último componente se enarbola la concepción correspondencista de la verdad, como se analiza en el acápite que sigue, ya que en gran medida la prueba judicial se aproxima a las formas comunes de la ciencia para el conocimiento de los hechos. No obstante, el liberalismo requiere de la seguridad, por ello se retoma del Estado absoluto la idea del control de la población por la policía que se extiende por toda la sociedad; ya que los sujetos requieren de unas reglas mínimas de convivencia que le den seguridad a las transacciones económicas. Como se verá luego, las ideas liberales de libertad para los sujetos y la extensión de la policía por la sociedad también explican la denominada justicia negocial (*plea bargaining)*.

Finalmente, como el liberalismo implica que el poder de soberanía cede parte de su poder a los sujetos económicos de la sociedad, los cuales se constituyen en micropoderes (fábricas, escuelas, etc.) que funcionan a la manera de instancias normalizadoras en la sociedad, en la que los individuos no solo son transformados sino también excluidos; por lo tanto, el individuo no será objeto de dominio solo por el poder de soberanía sino también por diversos poderes que espontáneamente aparecen el la sociedad. Este ejercicio de la normalización social tiene en la confesión un componente esencial (la llamada sociedad confesional), que en las últimas décadas, como se estudia luego, incide en las prácticas judiciales.

# 3. El dilema: la verdad como correspondencia o el consensualismo

Con las anteriores bases, se tratará de caracterizar la verdad en el derecho procesal colombiano tratando de analizar las justificaciones de las decisiones a partir de la verdad, como también examinado las relaciones que tienen las formas de establecer los hechos y sus conexiones con las prácticas gubernamentales. Precisamente, la justificación de las decisiones judiciales sobre la verdad de los hechos en la actualidad se relaciona con las distintas concepciones de la epistemología tales como el fundacionalismo que viene desde el Estado absoluto con la idea del sujeto ideal, universal y totalizante; luego, el sujeto de intereses de la ilustración y la idea de la verdad como correspondencia. Asimismo, en la actualidad se encuentran las ideas que parten del giro lingüístico que llegan incluso al extremo de negar la posibilidad de la verdad y de la epistemología misma, que tienen entronque con el consensualismo. A continuación se analizará en el derecho procesal colombiano en qué ámbitos opera el fundacionalismo, en cuáles se ven las huellas del coherentismo, y en qué espacios funcionan distintas variantes de consensualismo, e incluso, en cuáles se niega la verdad misma. Desde luego, como se había anunciado, se analiza cómo estas concepciones de la verdad en nuestro derecho procesal están cruzados con el modelo de Estado y las prácticas socioeconómicas.

Sobre la exigencia de la verdad, el C.P.P establece que "los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia" (artículo 5); asimismo se refiere al derecho a la verdad para las víctimas (literal e) del artículo 11 y artículo 137) y la exigencia de la verdad para los testigos (artículo 389) y para los documentos (artículo 432 Ibíd.). Por su lado, el C.G del P. impone el deber al juez de "verificar" de oficio los hechos (ordinal 4º del artículo 42), también exige la verdad a las partes (artículos 86 y 203), al testigo (artículos 203 y 220), etc. Asimismo, estos códigos también tienen como característica que la verdad de los hechos se base en la prueba, ya que tienen como uno de sus componentes medulares, el llamado principio de la necesidad de la prueba, el cual significa que "toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas" obtenidas en el proceso (artículo 164), o que "para condenar se requiere [...] el conocimiento fundado en las pruebas debatidas en el juicio" (artículo 381 del Código de Procedimiento Penal).

Se advierte que en este contexto se hace referencia a prueba con carácter de empírica, ya que tiene por objeto los hechos. Por lo tanto, no se hace referencia a la prueba sobre conceptos matemáticos, ni lógicos, ni metafísicos, ni apodícticos, ni en general a los *a priori*. Precisamente, sobre lo que se entiende por prueba judicial y su objeto es muy esclarecedor Devis (1995, p. 32): "probar es aportar

al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos". A su vez, los medios de prueba o de conocimiento son de carácter empírico: el testimonio, la pericia, el documento, la inspección, los elementos materiales (CPP –artículo 382– y CGP –artículo 165–) y otros como el juramento, la declaración de parte, la confesión, los indicios y los informes (CGP, artículo 165).

Sobre los hechos en materia jurídica hay que tener presente la advertencia de Kelsen (1981) en el sentido de que los acontecimientos no se pueden analizar de manera aislada de su significación jurídica; el hecho es importante para el derecho en el sentido objetivo que le dan las normas (p. 30). Por su lado, Taruffo (2002) advierte que "la determinación del hechos se sitúa en el interior de la decisión judicial y que la prueba está dirigida a la determinación del hecho" (p. 96); también se refiere a la indisoluble relación de la cuestión fáctica con la jurídica, por lo que aunque sea la parte fáctica la que relacione los hechos, dicha narración viene dada por los efectos jurídicos que persigue y de los cuales el juez tendrá que escoger los que en realidad resulten convenientes según la norma a aplicar (Taruffo, 2002, p. 99).

Hay que advertir que los hechos en materia jurídica no solo están determinados por el lenguaje jurídico sino que también tiene incidencia en ellos el lenguaje común. Las consideraciones sobre el lenguaje (el denominado giro lingüístico) ha llevado a los filósofos a considerar la alternativa de negar la experiencia del sujeto o a la de tomarlo solo de manera relativa o débil. Niegan la experiencia del sujeto, por ejemplo, los neopragmatistas como Rorty para quienes la única verdad posible es la consensuada mediante las reglas de la argumentación retórica (Suárez, 2005, p. 231). Según Haack, también niegan la experiencia del sujeto para la justificación empírica las distintas posturas del coherentismo, ya que consideran que las creencias están justificadas solamente por el sostén mutuo entre ellas mismas (Haack, 2009, p. 66). La experiencia del sujeto solo es tomada de manera relativa o débil en la vertiente correspondentista de la verdad semántica que propone Tarski, en la cual no se toma directamente la experiencia del sujeto, sino que lo que se tiene en cuenta, según Ferrajoli (1995, p. 49), es la proposición empírica que la contiene. Esta concepción de la verdad, además de Ferrajoli, también la sostienen Taruffo (2002, p. 59) y Gascón (1999, pp. 47 y ss.), quienes parten de considerar como ingenuidad epistemológica la posibilidad de tomar la experiencia del sujeto de manera pura, tal cual lo hacían los filósofos de la Ilustración.

Se puede decir que Ferrajoli, Taruffo y Gascón proponen una forma de objetivismo crítico mediante el cual se supera el dilema: verdad como correspondencia o verdad como coherencia, aduciendo que la verdad como correspondencia es un modelo, y la verdad como coherencia es un criterio pragmático de verdad, junto

con el de la aceptabilidad justificada. La verdad como correspondencia se toma como un ideal, como un principio regulativo, el cual le indica al juez que su conocimiento sobre los hechos debe adecuarse con los eventos del mundo real sobre los que recae su decisión. Para Ferrajoli (1995, p. 50), este modelo ideal se entiende como un principio regulativo en la jurisdicción. Por su parte, los criterios de verdad (la coherencia y la aceptabilidad justificada) son de aceptación de una hipótesis fáctica a ese modelo ideal o regulativo. Estos criterios se consideran como subjetivos toda vez que hacen referencia a la aceptación por parte del juez de una proposición fáctica como verdadera (Ferrajoli, 1995, pp. 65-69).

Por su parte, la filósofa inglesa Susan Haack considera la verdad como correspondencia, como una teoría fundacionalista que se contrapone a las teorías de la coherencia. Para esta autora (Haack, 2009), el fundacionalismo sostiene la existencia de unas creencias justificadas como básicas, independientemente del apoyo de cualquier otra creencia, y de las cuales se desprenden otras creencias justificadas como derivadas; se advierte que el fundacionalismo justifica sus creencias básicas en la experiencia del sujeto (pp. 53-54). El fundacionalismo en este sentido supera la regresión al infinito, pero incurre en la petición de principio. De otra parte, para Haack (2009), el coherentismo se caracteriza por exigir que la justificación de una creencia sea por la circunstancia de pertenecer a un conjunto coherente de creencias; por lo tanto, una creencia está justificada si se encuentra acorde con otras creencias (p. 55). El coherentismo tiene como problema la regresión al infinito, aunque no incurre en la petición de principio. Para Haack (2009), este dilema es superable, ya que se pueden reunir las fortalezas de una y otra, bajo el termino fundherentismo, el cual parte de la experiencia del sujeto para justificar la creencia empírica y para buscar apoyo mutuo en otras creencias, bien sea unidireccionales u omnipresentes (p. 58). De esta forma, se evita la regresión al infinito como también la petición de principio en la justificación de una creencia empírica.

Sin duda alguna, el derecho procesal colombiano es fundacionalista en el sentido de que la verdad que declare el juez no solo se basa en la prueba empírica de los hechos, como antes se expresó, sino que también tiene en cuenta la experiencia sensorial del sujeto que aporta el conocimiento de los hechos al proceso, ya que se le exige al testigo que exprese la "ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho hecho…", (artículo 222 del CGP); también se le exige al perito la explicación de los "exámenes", "experimentos" e "investigaciones" (artículo 226 del CGP) o las "verificaciones" que realice (artículo 417 del CPP). No obstante, existen figuras probatorias que responden a la concepción coherencista, como el caso de la denominada valoración en conjunto (artículo 176 CGP y artículo 380 del CPP) la cual implica no solo la exigencia de tener en cuenta la plenitud de las pruebas del proceso sino también un análisis a partir de los distintos relatos que

se desprenden de las pruebas; en este mismo sentido la exigencia de valoración conforme a la sana crítica (artículo 176 del C. G del P.) implica conformar la convicción a partir no solo de las pruebas sensoriales del proceso, sino también tener presente que encajen con las generalizaciones del conocimiento humano tales como las leyes de la ciencia o la lógica o el sentido común, etc. (artículos 404 y 420, CPP).

Existe una particularidad en las prácticas judiciales que aparecen en el Estado absoluto y que está vigente aún, consistente en que con la indagación, como se vio antes, el soberano (por medio de los jueces) se apodera del conflicto de los particulares y lo convierte en algo público; el precio de este arrebatamiento es que la actividad probatoria se convierte en la prueba de la prueba; por lo tanto, los jueces no deciden con base en su experiencia sensorial de los hechos, sino en la percepción de los testigos o documentos y otros medios de prueba, y a partir de allí inferir los hechos que interesan al proceso. En términos de Ferrajoli (1995), la verdad procesal no puede ser afirmada conforme a observaciones directas, "la verdad procesal fáctica es en realidad un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia" (p. 52). Por lo tanto, la prueba judicial puede tener en su estructura el poder de soberanía, aunque no descarta si desfavorece la implementación de una concepción fundacionalista fuerte, al mismo tiempo que facilita las opciones coherencistas o las que apuntalan las teorías de la argumentación e incluso, las distintas formas de consensualismos.

Bajo el Estado de derecho con las prácticas judiciales en el liberalismo la mutación que se ha producido es que el juez o el legislador han perdido el poder absoluto sobre la prueba y son los litigantes los que adquieren protagonismo en la fase de producción de la misma, bajo las formas procesales del adversarialismo o del dispostivismo. El adversarialismo es un sistema que funciona a la manera darwiniana de selección natural de las especies en la que sobreviven los litigantes o abogados que mejor se adapten al medio; el sistema de lucha de adversarios es el correlato de los procesos, naturalización que sufre la economía liberal (la libre competencia en el mercado); el proceso lo ganan los abogados, en libre competencia, que tengan los mejores recursos, que sean más eficaces en la selección de las pruebas, en los argumentos y para bloquear la actividad de la contraparte. Explica Haack (2009) que el adversarialismo a la manera estadounidense ha sido visto entre dos extremos: para el juez Frankel "el choque de los adversarios es un medio poderoso para sacar a flote la verdad", mientras que para Pierce el adversarialismo al establecer "un choque entre el sesgo y el contra sesgo" es una receta para el desastre, ya que no favorece la investigación de la verdad, y los razonamientos se construyen a partir del interés de parte y no con base en las pruebas (pp. 368-369).

Haack (2009) advierte que en materia judicial no existe propiamente investigación a la manera de las ciencias, ya que cada litigante hace sus investigaciones antes de enfrentar el proceso; cada parte o su abogado entra con sus sesgos al proceso, selecciona solo las pruebas que favorecen sus intereses, escoge a los peritos que apuntalan su posición; además, se debe adecuar al desiderátum de la prontitud y al límite en el tiempo, como también operan las reglas de la exclusión probatoria; a pesar de esta problemática considera que el advesarialismo no es intrínsecamente malo y se trata de obstáculos que son superables (pp. 368-375). Precisamente el proceso judicial es un ámbito colaborativo en el que sin embargo las partes van unidas hacía la conformación de la convicción del juez pero en este recorrido van separadas por el sesgo que le pone cada una a sus hipótesis jurídicas o fácticas (Dwyer, 2008).

A partir de lo anterior puede decirse que el proceso judicial debe tratar de superar los rasgos de "parcial", "sesgado" e "incompleto" que obstaculizan una epistemología que justifique sus decisiones en la verdad. Por ejemplo, dar la oportunidad para que en el proceso puedan actuar otros intervinientes en la actividad probatoria; conceder la posibilidad de la prueba de oficio, restringir las exclusiones probatorias solo por motivos de derechos fundamentales, abrir las posibilidades probatorias frente al hecho nuevo en distintas instancias. El "darwinismo" procesal tiende hacia el decisionismo, por lo que los componentes de una epistemología ideal son superados (e incluso suplantados) por valores socioeconómicos como la protección de los grandes emporios económicos, como también de las grandes firmas de abogados; es el capitalismo salvaje que de forma rampante tiende a menoscabar el normativismo constitucional y la epistemología entendida como la forma ideal de obtener la verdad.

En Colombia puede decirse que el rigor del adversarialismo se encuentra morigerado en el C.P.P con las facultades procesales y probatorias que tienen las víctimas y el Ministerio Público; asimismo, la posibilidad complementaria de interrogatorios por parte del juez. Se advierte que la intervención de la víctima y del ministerio público aunque morigeran la efectos extremos del adversarialismo no obstante la forma como funcionan en Colombia tienen inconvenientes (que no se abordaran en esta oportunidad) que los hacen poco recomendables. En el C.G del P. (artículos 169-170) es de destacar la prueba de oficio, la cual obedece más a la mutación que el liberalismo sufrió con el denominado Estado intervencionista o con el Estado social de derecho que con algún regreso a la Inquisición de la premodernidad como equívocamente lo consideran Montero (2006, pp. 87-91) y Velloso (2004, pp. 38-48); en efecto, la prueba de oficio no es la inquisición del Estado absoluto (con las implicaciones antes vistas: confesión con tortura, pruebas secretas, tarifa legal y acumulación de las funciones de acusar y juzgar) sino una concepción publicista del proceso consistente en una intervención del juez,

con las cautelas (la publicidad, la contradicción, los recursos procesales y la pertinencia) que proponen Joan Picó (1996, pp. 267-271) y Diana Ramírez (2009, pp. 215-217) para hacerle corrección al dispositivismo civil, que en su versión extrema puede tener los mismos inconvenientes del adversarialismo estadounidense.

Existen, asimismo, en los códigos procesales colombianos varias modalidades de consensualismo que definen los hechos o los conflictos a partir de la conformidad o la voluntad de las partes, tales como las presunciones, los mecanismos autocompositivos y la justicia premial. El consensualismo no solamente, como se mencionó antes, niega la experiencia del sujeto y, por ende, la verdad empírica, sino que también está en contravía de la ya dicha idea que nace en el Estado absoluto según la cual la verdad hace eclosión en un sujeto calificado denominado juez, en representación del Estado, idea que fue relanzada en la Ilustración junto con la prueba empírica. Estos mecanismos consensuales se pueden caracterizar según la causa de la conformidad porque algunos la obtienen, real o ficticiamente, a partir de situaciones de necesidad, mediante cargas procesales, generadas por la misma legislación, como en el caso de las presunciones; otros funcionan a partir de la autonomía de la voluntad a la manera de convenciones o negocios jurídicos, como ocurre con los denominados mecanismos autocompositivos (allanamiento, conciliación, mediación etc.); finalmente, otros se estructuran a partir del premio o del interés egoísta de las partes, tal como ocurre con la denominada justicia penal premial. Todas estas figuras son justicia consensual en la medida en que en la determinación de los hechos o en la definición del conflicto se tiene como componente central un acto de conformidad (real o ficticio) de las partes del proceso, bien porque de su conducta ante el proceso se extraigan consecuencias desfavorables o porque realicen negocios procesales con o sin la influencia de los premios o beneficios.

En primer lugar, en cuanto a las presunciones hay que mencionar que el C.G del P. es pletórico en la regulación de las mismas; por ejemplo, contempla la presunción de hecho cierto en los siguientes casos: por falta de pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda (artículo 96); falta de contestación o contestación deficiente de la demanda (artículo 97), en la declaración sobre documentos (artículo 185), en el interrogatorio de parte (artículo 205), en la prueba pericial (artículo 233), en la inspección (artículo 238), en los documentos (artículos 244, 245, 246 y 261); en la inasistencia a la audiencia inicial (artículo 372), etc.; en general el juez puede deducir indicios a partir de la conducta procesal de las partes (artículos 241 y 280). Puede decirse que en el C.G del P. gran parte de los actos procesales probatorios tienen asignadas consecuencias probatorias por la conducta de las partes.

Las presunciones son exenciones del *Thema probandum* (Parra, 2006) que operan a la manera de cargas procesales ya que el legislador establece un desfavorecimiento

probatorio a la negligencia en el ejercicio de un derecho. Asimismo, las presunciones no son medio de prueba sino más bien "prueba" en sentido premoderno, ya que se trata más de un artificio que de una prueba empírica. Puede decirse que en un alto porcentaje las decisiones judiciales del juez civil se basan en las ficciones legales que se desprenden de tales cargas; por tanto, en estos casos la declaración de la verdad no se basa propiamente en pruebas sino en el valor legal que le asigna el legislador al comportamiento de la parte dentro del proceso. Toda vez que se presente el comportamiento procesal de parte, el juez se encuentra en el deber legal de aplicar el desfavorecimiento probatorio. Se advierte que las presunciones son también una forma de consensualismo (Taruffo, 2008, pp. 145-146) en la medida en que son "la consolidación de la tendencia que establece que los hechos que deben ser determinados en juicio vienen a fijarse en función de la conducta de las partes" (Taruffo, 2008, p. 146); así, lo que prueba es una conformidad (real o ficta) de la misma parte frente a ciertos actos procesales; también puede decirse que es una forma de autoincriminarse (Corte Constitucional, sentencia C-426/97), ya que a partir de las acciones u omisiones de la parte en el trámite del proceso se desfavorece su situación probatoria.

Tal cual lo pone de presente Taruffo (2008), en las presunciones hay dos factores de análisis, el funcional y el ideológico; el funcional es la economía procesal ya que se considera que es un *hecho pacífico* el que no es contradicho o no es alegado o infirmado por la parte; es un ahorro en el tiempo y en los recursos del proceso considerar la omisión de la parte como aceptación del hecho. El ideológico es la consideración del proceso como "cosa privada de las partes" (pp. 138-139). Es una forma de justicia en la que se retorna la época medieval cuando se consideraba la verdad como un asunto de los particulares y no del soberano. En el liberalismo esta estrategia del legislador con estas cargas procesales tiene explicación no solo por la economía procesal sino también porque es una forma de control por los intereses particulares de la justicia; la naturalidad o el darwinismo de los actos procesales se toma la realización del acto procesal, los mejores abogados, los más diligentes normalmente evitarán caer en los desfavorecimientos que contiene este tipo de cargas procesales.

En segundo lugar, se encuentran los mecanismos alternativos de resolución de conflictos los cuales se constituyen en la forma de solucionar el litigio mismo de carácter voluntario y privado (Corte Constitucional, sentencias C-598/2011 y C-893/2001). Se trata más bien de un consensualismo como concepción alternativa de la justicia más que de la verdad propiamente dicha, ya que esta no es condición de la justicia negociada; al efecto dice la Corte Constitucional colombiana, cuando declaró la inconstitucionalidad de exigir a la futura parte la presentación de prueba en la conciliación (parágrafo 2 del artículo 52 de la Ley 1395/2010): "son las partes las que con prueba o sin ella decidirán si acuerdan o no

sus diferencias, a través de formas de negociación que distan de los métodos a los que obligatoriamente debe recurrir el juez para decidir" (sentencia C-598/2011).

Se advierte, sin embargo, que en estos mecanismos no solo subyace la desconfianza en el Estado y, por ende, en el juez como su representante, en la función de resolver los conflictos, sino también el escepticismo frente a la verdad. Tales mecanismos alternativos, según la Corte Constitucional, desarrollan valores constitucionales tales como la autonomía de las personas, la economía y la celeridad procesal, la participación de la comunidad en la solución de los conflictos y el acceso a la justicia (Sentencia C-1195/2001). Asimismo, debe tenerse presente que el ámbito en que operan estos mecanismos alternativos es el negocial, por lo que, según la Corte Constitucional, se exige que se trate de derechos disponibles, y entre sujetos capaces de disponer (Sentencia, C-893/2001). Se excluyen de estos mecanismos, de conformidad con la misma Corte, los asuntos relativos al estado civil o los derechos de los incapaces o los que por disposición legal no son disponibles, tales como los relacionados con el orden público, la soberanía nacional, el orden constitucional y con la legalidad de los actos administrativos (Sentencia C-1195/2001).

En el ámbito de las sociedades liberales puede decirse que los asuntos conflictivos de origen convencional y patrimonial tienen en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos unas formas jurídicas que promocionan, favorecen y constriñen (con la carga procesal del requisito de la procedibilidad) la justicia negocial, la cual no solo está constitucional e ideológicamente justificada sino que también es consonante con las prácticas sociales liberales. Al menos se trata de un trámite en el que el legislador no establece ningún elemento que interfiera en la voluntad de los intervinientes al momento de expresar su voluntad; no se ofrecen premios para las partes, ni existen presiones con pruebas ocultas o con algún elemento que distorsione esa voluntad. Quizá lo crítico de estos consensos lo constituye la omisión del legislador en la previsión de situaciones en las que exista una desigualdad material entre los intervinientes, lo cual puede llevar a que una de las partes aproveche su condición dominante desde lo económico o lo político o de facto para imponer sus fórmulas de arreglo afectando el interés material de la parte más débil. Ese es el gran vacío de la justicia entre los particulares desde la Antigüedad y el Medioevo. Al respecto, debe tenerse presente que el ejercicio del poder aparece espontáneamente en las sociedades, por lo tanto, las ausencias o vacíos del Estado son suplidos por los intereses de los particulares. Es necesario que se regulen mecanismos judiciales de nulidad o revisión eficaces en estos acuerdos.

En tercer lugar, se abordan los mecanismos negociables que operan en el proceso penal colombiano (allanamientos, admisiones, preacuerdos o principio de

oportunidad) y que, según De Diego (1999), tuvieron su origen en las prácticas informales y sin documentación de la Policía y la Fiscalía estadounidenses del *plea bargaining,* hasta que en la década de los 60 la Corte Suprema (caso Brady contra US) los refrendó a condición de que la negociación no fuera fruto de presiones, amenazas o falsas promesas al imputado o soborno al fiscal (p. 47). El *plea bargaining* es una tendencia a la privatización de la justicia mediante unos mecanismos eficientes que tienen básicamente un carácter administrativo y que permiten mayores probabilidades de obtener condenas, disminuir la impunidad y lograr mayor seguridad en la sociedad. Se trata de un juego de probabilidades entre funcionarios policiales y de la fiscalía con los particulares, que está estructurado a partir de unas reglas de carácter administrativo, con una refrendación judicial posterior. Lo característico de estos mecanismos es que son una forma de hacer justicia como también de obtener la verdad; la forma de hacer justicia consiste en que el acusado renuncia a las garantías del juicio oral; la forma de obtener la verdad consiste en "arrancar" la confesión del imputado o del acusado mediante promesas, premios, placebos (*guilty plea*) y se somete a una sentencia sin juicio previo.

La forma de obtener la verdad y hacer justicia en el *plea bargaining* tiene relación con el consensualismo, en especial, con el neopragmatismo de Rorty, en la medida en que hay un rechazo de los postulados metafísicos de justicia, libertad o de lo bueno, así como los conceptos de verdad empírica de los hechos; por lo tanto, no existen principios metafísicos universales que puedan establecerse a partir de la razón, como en su momento los propuso Kant y el iluminismo en general; tampoco es posible para el ser humano conocer la realidad material, porque la realidad no existe. Es tan absurdo pensar en términos metafísicos como de realidad. No hay hechos ni principios universales lo que existen son interpretaciones que hace la gente en su interacción con el lenguaje, pero esas interpretaciones son contextuales y varían en cada época en particular. Para el neopragmatismo, la única verdad posible es la consensuada mediante las reglas de la argumentación retórica (Suárez, 2005, p. 231). No obstante, hay que precisar, como lo pone de presente Manco (2012, p. 210) que la justicia premial dista mucho de un consensualismo como el de Habermas o el del neopragmatismo, ya que no hay un sistema de reglas para discutir y decidir en el que se pueda llegar a un consenso en condiciones de igualdad, publicidad y contradicción, ya que lo que se presenta, por el contrario, es una imposición del más fuerte.

La justicia premial funciona a la manera de una expansión hacia el realismo policial y de las prácticas socio-económicas del liberalismo en desmedro de la sede de la justicia de la soberanía del Estado. Los poderes sociales y económicos le restan fuerza al poder de la soberanía. La justicia y la verdad entre los particulares comienzan su marcha triunfal en menoscabo de las del soberano. Se retorna

a las formas de justicia antiguas y medievales en las que el litigio se resuelve en una forma justa entre los particulares, con la diferencia de que en la época actual, el esquema de la inteligibilidad de los actos y las conductas no está en lo mágico o religioso, sino en la ciencia y en los negocios. Por lo tanto, las fronteras en las prácticas socio-económicas y el derecho se vuelven difusas, de la misma forma que ocurría en el Medioevo entre la guerra y el derecho.

Precisamente Langbein (2001, p. 24) hace un parangón entre el *plea bargaining* con la confesión bajo tortura del Estado absoluto para considerar que en las dos prácticas judiciales se busca obtener la confesión del reo: son, además, profundamente antigarantistas, y tienen múltiples mecanismos coercitivos, aunque de carácter e intensidades distintas, para obtener la rendición del acusado. El *Plea bargaining* y el confesionalismo que le subyace se constituyen en una técnica de la seguridad en las sociedades liberales que permite incidir en los fenómenos delictivos masivos como el narcotráfico, el terrorismo o delitos económicos, que con los mecanismos producidos en la Ilustración son imposibles de contener.

A propósito de la confesión, Foucault (2000b, p. 78) la define de la siguiente manera:

> [...] es un ritual de discurso en el cual el sujeto que habla coincide con el sujeto del enunciado; también es un ritual que se despliega en una relación de poder, pues no se confiesa sin la presencia al menos virtual de otro que no es simplemente el interlocutor sino la instancia que requiere la confesión, la impone, la aprecia e interviene para juzgar, castigar, perdonar, consolar, reconciliar; un ritual donde la verdad se autentica gracias al obstáculo y la resistencia que ha tenido que vencer para formularse; un ritual, finalmente, donde la sola enunciación independiente de sus consecuencias externas produce en el que la articula modificaciones intrínsecas: lo torna inocente, lo redime, lo purifica, lo descarga de sus faltas, lo libera, le promete la salvación.

Foucault (2000b) dice que el mecanismo de la confesión es un ejemplo de que la verdad no pertenece al orden de la libertad: "una historia política de la verdad" muestra que "la verdad no es libre por naturaleza ni siervo el error, sino que su producción está toda entera atravesada por relaciones de poder" (p. 76). Foucault (2000b) considera que "cuando la confesión no es espontánea ni impuesta por algún imperativo interior, se le descubre en el alma o se le arranca al cuerpo; desde la Edad Media, la tortura la acompaña como una sombra y la sostiene cuando es esquiva: negras mellizas. La más desarmada ternura, así como el más sangriento de los poderes, necesitan la confesión. El hombre, en Occidente, ha llegado a ser un animal de confesión" (p. 75).

Al respecto Bauman (2008, p. 205-207) señala que vivimos en una "sociedad confesional" para hacer referencia a que con los medios de comunicación electrónicos actuales las personas del común exponen públicamente su vida privada y se vuelven sujetos pasivos del consumismo que promueven las grandes empresas. Sin duda alguna, esta es una nueva forma de ejercer el poder por parte de las grandes empresas privadas como también por el Estado. Es explicable que la justicia estatal, con las prácticas económicas y sociales actuales, estructure formas jurídicas de verdad de tipo confesional. La persona del común se ve avocada a exponer su vida íntima ante los medios sociales como también ante las autoridades policiales o de justicia del Estado.

Foucault (1990) explica la relación de la confesión con los inicios del cristianismo ya que se utilizaban dos maneras de descubrir y descifrar la verdad acerca de sí: la *exomologẽsis* y la *exagoreusis*. *Exomologẽsis* es una forma de revelación del yo que se caracteriza por la palabra o "reconocimiento del hecho"; significa reconocer públicamente la verdad de su fe; el pecador voluntariamente adquiría el estatuto de penitente y se sujetaba a unas reglas que ordenaban la forma de vestir y el comportamiento sexual. Para el cristianismo, la penitencia es una forma de vida continuamente regida por la aceptación del tener que descubrirse a sí mismo; sirve para señalar el rechazo del yo, la renuncia a sí mismo. Por su lado, la *exagoreusis* es una analítica y continua verbalización de los pensamientos llevada a cabo en la relación de la más completa obediencia hacia otro. La *exagoreusis* se parece a la *exomologẽsis* en que en las dos hay una renuncia del propio yo. En la *exagoreusis,* al verbalizar los pensamientos y obedecer permanentemente al maestro, se está renunciando al deseo y al yo propios. A lo largo de todo el cristianismo se da una conexión entre la revelación del yo, dramática o verbalmente, y la renuncia del yo. Incluso, se considera que el hacerse cargo de sí es un acto de rebeldía o desobediencia con el pastor (pp. 82-85, 94).

Hay que destacar en la definición mencionada que en el ritual de la confesión es necesario vencer un obstáculo para poder que el sujeto parlante exprese con palabras su interioridad. En la confesión se da una especie de lucha de fuerzas: la una se genera con las prohibiciones que establece el poder (político o religioso o familia) en el que se inserta el individuo; de otra parte, se encuentran las presiones que se generan en esa misma relación de poder para que el sujeto exprese o exponga aquel objeto que está prohibido; por ejemplo, se da una conexión entre las prohibiciones de tipo punitivo con la incitación a decir la verdad por el justiciable y con el control de los individuos y la población por parte del Estado. Al respecto, Foucault (1990) plantea la problemática de la constante en la cultura de Occidente entre la prohibición legal o moral y la fuerte incitación en diferentes ámbitos sociales o institucionales a hablar y renunciar al sí. Se refiere en especial a las prohibiciones relacionadas con la sexualidad en las que

se establecen prohibiciones morales y jurídicas y al mismo tiempo existe una continua obligación de decir la verdad sobre sí mismo. En el caso de la religión, el tema de la renuncia a la carne estaba ligado al de la confesión del monje al abad y a la necesidad de informarle de todo lo que se le ocurría (pp. 45-47).

La confesión entendida, en general (no en el sentido de tal código o legislación), como la declaración o la manifestación de la parte procesal (verbal o por la conducta procesal) que es desfavorable para sus intereses y que es arrancada mediante ficciones, como ocurre con las presunciones o también mediante carnadas, señuelos o argucias como es el caso del *plea bargaining* se aproxima más a reglas jurídicas en las que prevalece el decisionismo sobre el idealismo normativo. Se trata de reglas que favorecen, con intensidad variable, una interacción más abusiva y opresiva con el poder político y económico. Más que alcanzar los ideales de la justicia y la verdad se trata es de favorecer valores de gran peso socio-económico como el eficientismo; lo cual implica disminución de garantías procesales para las personas en aras de maximizar la seguridad de las transacciones económicas en el capitalismo salvaje. La verdad siempre interactúa con el poder político, no obstante, en el eficientismo prevalece la denominada verdad externa, en la que las reglas de carácter sociopolítico tienen prevalencia sobre las de carácter epistemológico.

Asimismo, todos los mecanismos consensuales vistos separan el proceso judicial de la idea de la verdad común ya que se alejan de las formas que se utilizan en las diversas ciencias naturales o sociales para investigar los hechos a partir de las pruebas, y cumplen otras funciones constitucionales o políticas de diverso orden. También estos mecanismos se constituyen en formas de obtener la autoincriminación o autoinculpación o la confesión simple o presunta sobre los hechos. Precisamente, el confesionalismo que se constituyó en la base de las prácticas judiciales del Estado absoluto, que fue desterrado por la filosofía ilustrada, retorna a la justicia en la época actual, pero con más fuerza, para el proceso penal.

## 4. Conclusiones

1. La justificación de la verdad en las prácticas judiciales actuales en Colombia tiene varios componentes epistemológicos y de carácter político. De un lado, la idea consistente en que la verdad hace eclosión en un sujeto ideal denominado juez como representante de la soberanía del Estado en la realización con exclusividad de la justicia, que se pone en condiciones de universalidad y objetividad para decidir a partir de las pruebas, es la epistemología del

sujeto cartesiano, que sirvió además para estructurar el Estado mismo. Este mecanismo epistemológico sirvió a los filósofos normativistas para proponer el contrato social y justificar el poder de soberanía y por ende la idea de la exclusividad de la jurisdicción en la realización de la justicia. Este ideal de sujeto cognoscente permitió justificar las monarquías europeas de los siglos XVI al XVIII para lograr la centralización de las armas y de la justicia. También serviría a Rousseau para proponer la estructura ideológica de la soberanía democrática moderna. Por lo tanto, el fundacionalismo metafísico que funda el Estado, y por ende, a la jurisdicción, se encuentra aún en gran medida vigente.

Del Estado absoluto en relación con el derecho probatorio la influencia que aún se tiene en la actualidad, con mayor importancia en el proceso penal consistente en la indagación. En la actualidad el derecho probatorio sancionatorio obedece en gran medida a la idea según la cual la autoridad judicial o administrativa verifica las conductas de las personas mediante las pruebas judiciales que le servirán al juez a fin de establecer los hechos e imponer las sanciones, si es el caso.

De otra parte, el fundacionalismo del derecho probatorio actual es una manifestación de la concepción de la verdad como correspondencia, la cual tiene su explicación en la tradición ilustrada de la prueba empírica de los hechos, de tal manera que la libertad y la igualdad de las personas queden mejor garantizadas, en la medida en que la verdad dejaba de depender de la voluntad del soberano. La verdad en las sociedades liberales deja de ser una construcción del soberano para depender de las formas comunes de la verdad; de esta manera, en el Estado de derecho se estructura la libertad de prueba, la prohibición de la confesión forzada y reaparece históricamente la acusación en los procesos penales. La desaparición (o al menos la restricción) de la prueba tasada permite que la racionalidad común se constituya en un elemento importante en las decisiones judiciales.

2. Las decisiones bajo los modelos procesales consensualistas se justifican a partir de la conformidad (real o ficticia) de los mismos justiciables. El consensualismo ha implicado la privatización de la justicia; las decisiones ya no dependen solo de las pruebas que se obtengan en el proceso sino, parcial o totalmente, de los actos de voluntad de las partes. En algunos casos los actos de voluntad se manifiestan ficticiamente como en las presunciones; en otras se trata de actos de voluntad reales, como en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y en fin, otras veces, la verdad es arrancada mediante promesas o placebos como ocurre con el *plea bargaining.* Desde luego, estos mecanismos tienen diversas justificaciones y, *per se,* no se pueden descalificar; el problema se presenta en los excesos de poder en la práctica, cuando en los

mecanismos alternativos existe una marcada desigualdad, o como en el caso penal con el *plea bargaining en* que la justicia se reduce a un actividad administrativa que cumplen la policía, el fiscal y el juez, y en el que la verdad de los hechos no cumple un papel importante o determinante.

La hipótesis que se quiere apuntalar aquí es que, en la interacción verdad e ideología, ninguna de estas instituciones jurídicas es *a priori* correcta o incorrecta, buena o mala o políticamente conveniente o no, sino que todo depende de los contextos en que operan, las intensidades con que se aplican en la práctica, los efectos en las personas, los fines que se le asignan y los roles políticos o económicos que puedan tener.

3. El sistema adversarial o el dispositivismo si bien son epistemológicamente formas adecuadas para obtener la verdad en el proceso, no obstante, cuando se dejan por completo a la exclusividad de las partes la obtención y práctica probatoria pueden llevar a que el proceso se convierta en una contienda en la que primen los intereses de los particulares, y los procesos judiciales terminen favoreciendo a los grandes litigantes en desmedro de las partes más débiles, con menos recursos económicos y con precaria asesoría jurídica.

   Puede decirse por tanto, el derecho probatorio en la actualidad, así sea considerado por el ideal por alguna corriente del pensamiento, está destinado a cambios y mutaciones que tienen explicación a partir de los modelos gobierno o economía o las prácticas sociales. Por ahora, nuestro derecho probatorio está conectado al poder de soberanía (democrática), como también a las prácticas socioeconómicas del liberalismo.

## Bibliografía

Bauman, S. (2008). *La sociedad sitiada*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Castro, E. (2004). *El vocabulario de Michel Foucault, un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores.* Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

Cusset, Y., & Haber S. (2007). Introducción: las coordenadas del debate entre Foucault y Habermas. En Y. Cusset, *Habermas/Foucault, trayectorias cruzadas, confrontaciones críticas.* Buenos Aires: Nueva visión.

De Diego Díez, L. A. (1999). *Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos de Derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Devis, H. (1995). *Teoría general de la prueba judicial* (5.ª ed., Vol. I). Bogotá: ABC.

Dwyer, D. (2008). *The Judicial assessment of expert evidence.* Cambrige: Cambrige University.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

Foucault, M. (1988). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* (14.ª ed.). México: siglo XXI.

Foucault, M. (1990). *Tecnologías del yo y otros textos afines.* Barcelona: Paidós.

Foucault, M. (2000a). *Defender la sociedad, curso en el Collège de France (1975-1976).* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2000b). *La voluntad del saber, historia de la sexualidad 1.* México: Siglo XXI.

Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas* (2ª ed.). Barcelona: Gedisa.

Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978).* (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica, curso en el collège de France (1978-1979).* (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Gascón, M. (1999). *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba.* Madrid: Marcial Pons.

Haack, S. (1999). Una teoría fundaherentista de la justificación empírica. *Ágora: Papeles de Filosofía, 18*(1), 35-53. Recuperado el 5 de mayo de 2014, de http://hdl.handle.net/10347/1132

Haack, S. (1999A). Entre la escila del cientifismo y la caribdis del apriorismo. En A. L. Cuenca, *Resistiendo al oleaje: reflexiones tras un siglo de filosofía analítica* (Vols. III,4, págs. 49-62). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de http://hdl.handle.net/10486/220

Haack, S. (2001). Dos falibilistas en busca de la verdad. *Anuario Filosófico, 2001*(34), 13-38. Recuperado el 30 de junio de 2014, de http://hdl.handle.net/10171/760

Haack, S. (2009). Esperando una respuesta: el desordenado proceso de buscar la verdad. *Cuadernos de neuropsicología, 3*(1), 12-23. Recuperado el 28 de mayo de 2014, de http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-41232009000100002&lng=pt&nrm=iso

Haack, S. (2009). *Evidence and inquiry, a pragmatis reconstruction of epistemology* (2a, expanded ed.). New York: Prometheus Books.

Hobbes, T. (1999). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid: Trotta.

Kelsen, H. (1981). *Teoría pura del derecho* (2 ed.). México: Editorial Nacional DF.

Langbein, J. (2001). Tortura y Plea Bargaining (T. d. Bovino). En Langbein *et all*. *El procedimiento Abreviado* (págs. 3-29). Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

Manco, Y. (Junio de 2012). La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano.Medellín: *Estudios de Derecho, LXIX*(153).

Montero Aroca, J. (2006). *Proceso (civil y penal) y Garantía, el proceso como garantías de libertad y responsabilidad.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Morey, M. (1990). Introducción: la cuestión del método. En Foucault, *Tecnologías del yo y otros textos afines.* Barcelona: Paidós.

Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio, la prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado* (15 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Picó, J. (1996). *El Derecho a la prueba en el proceso civil.* Barcelona: Bosch.

Ramírez, D. (2009). *La prueba de oficio, una perspectiva para el proceso dialógico civil.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schmitt, C. (2001). Teología política I, cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. En H. Aguilar, *Teólogo de la política* (2.ª ed., págs. 18-167). México: Fondo de Cultura Económica.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos.* (J. Ferrer, Trad.) Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (Julio de 2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho, XXI*(1), 129-151. Obtenido de http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714179006

Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio.* Bogotá: Temis.

# Proceso y verdad

Proceso y verdad
Process and Truth

*Adolfo Alvarado Velloso*[1]
*Universidad Nacional de Rosario*
*Argentina*

## Resumen

Este texto trata de mostrar las diversas manifestaciones que las distintas instituciones jurídico-procesales han tomado, a lo largo del desarrollo histórico. El proceso tiene una especial importancia, y la manera como se le conciba comporta ciertos compromisos específicos tanto para las

1 Doctrinante y Profesor de Teoría General del Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Director de la Maestría en Derecho Procesal en la misma Universidad. Ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Su currículo completo, con detalle de documentación puede ser visto en: www.adolfoalvarado.com.ar. E-mail: aav@alvarado-abogados.com. Las ideas expuestas en este trabajo han sido publicadas en La *prueba judicial. Reflexiones acerca de la confirmación procesal*. (Edición de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2009) y, en mayor extensión, en *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad* (Edición Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2008). Un compendio de esta última obra se publicó en Colombia con el título de *Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptadas a la Legislación colombiana* por William Esteban Grisales Cardona (Edición Dikaia, Medellín, 2010).

partes intervinientes, como para el funcionario llamado a pronunciarse sobre las pretensiones, razón por la cual, en el caso del proceso inquisitivo, por ejemplo, implica un mayor compromiso del juez con la investigación de los hechos, pues es él quien tiene la iniciativa de la investigación; no así en el sistema dispositivo en el que las partes tienen la obligación de probar sus afirmaciones. Si se trata de un proceso inquisitivo el juez está obligado a encontrar la verdad subvirtiendo las garantías legales y constitucionales del procesado o del demandado, según fuere el caso; esa verdad allí encontrada tiene la característica de ser absoluta, puesto que el funcionario judicial dispuso de todos los medios para encontrarla, no obstante que esa verdad formal no se compadezca con la externa. Por otro lado, cuando el proceso se muestra como un método de debate, la función del juez es respetar la Ley, la Constitución y las garantías procesales; las partes, por su lado, están llamadas a aportar la prueba sobre los hechos, y la sentencia es una conclusión del debate probatorio, de la escala lógica que la senda procesal marca, y del respeto por las garantías constitucionales. Concluye el autor que la verdad, entonces, no es un valor del proceso, ni de los ordenamientos jurídicos actuales.

**Palabras clave:** Verdad, inquisitivo, acusatorio, garantismo, Constitución.

# Abstract

This paper aims to explain the historical development of some legal institutions related to the judicial process. The analysis of such development is relevant, considering that each notion of the judicial process implies a different conception of the role of the parties –petitioner and respondent- and the judge –or the person in charge of solving the matter of discussion-. For instance, the inquisitorial process implies greater commitment of the judge to investigate the facts discussed in the process and apprehend truth. On the contrary, the adversarial process implies that the parties have the *burden of proof* and must, therefore, prove the facts in which their petitions relay, in order to convince the judge. The inquisitorial judge must apprehend truth and, for doing so, he is authorized to, exceptionally, subvert some legal and constitutional rights of the defendant. The truth apprehended by inquisitorial judge is conceived as absolute, in a formal ground, even if it differs from the actual facts on discussion. On the other hand, the judge of an adversarial process must enforce the Law and, therefore, respect all Constitutional and Legal rights of the parties. In such system, the process is conceived as a debate, the parties must prove the facts and discuss the reasons to base their petitions and convince the judge. The author concludes that truth is not a value in current legal systems.

**Key Words:** Truth, inquisitive, accusatory, garantism, Constitution.

## 1. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se le pretende conocer en toda su extensión. Se parte de la base de concebir el proceso como un *método;* en este sentido, el primero y más evidente de los problemas –desde el punto de vista filosófico, el más importante y, políticamente, el más contradictorio– tiene que ver con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de *confirmar los hechos*: se trata de determinar *a priori* –desde la propia Ley– cuál debe ser su actuación procesal en lo que se refiere a la búsqueda y captación de los hechos litigiosos.

El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los *deberes* y *facultades* que los jueces *deben* o *pueden* ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria.

A continuación se tratarán ambos.

## 2. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal

Al analizar la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria (o *probatoria*, en el lenguaje habitual), la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles, conformes con la filosofía que inspira al legislador en una normativa dada. En otras palabras, son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, toda vez que se debate acerca de si le toca *verificar* los hechos, si debe *comprobarlos* o *acreditarlos*, si debe *buscar la certeza de su existencia* o la *verdad de lo acontecido en el plano de la realidad* o, simplemente, contentarse con *lograr una mera convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio (advierta el lector de la correspondencia existente entre estas posibles actividades y las referencias efectuadas en cuanto al concepto de prueba en el número anterior).
Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras –que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario– existe diferencia sustancial; en rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *autoritarismo procesal* (clara muestra de *totalitarismo político*) –que los hay, y muchos–, de quienes sostienen que el proceso es *garantía de libertad* en un

plano constitucional, y no un *medio de control social o de opresión política.* Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente.

En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados en el mundo académico y en el judicial, a partir de la existencia de una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) –sostenida por numerosos medios de información–, que pregona la necesidad de actuar de inmediato y de matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, aumentar las penas de los delitos de moda, vedar toda excarcelación, etcétera.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal* y este, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* (en el decir de algún estudioso), más *comprometidos con la gente y con su tiempo*, con la verdad y con la justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, a la del orden legal existente en el Estado de derecho, en tanto ese orden se adecue en plenitud a las normas programáticas de la Carta. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar, ni matar, ni cortar la mano de nadie, *sin el previo y debido proceso legal*) se le da el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la justicia, la verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere *la justicia*?, ¿quién no quiere *la verdad*?

Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino –así de simple– de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban.

Recuerde el lector que la *Inquisición española*, por ejemplo, en procura de la verdad, y con la confesada vocación de hacer justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera.

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto que comprometidos *solo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* y otorguen un adecuado derecho de defensa a todos los interesados, y resguarden la igualdad procesal, con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr, a la postre, el mantenimiento de la paz social. Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos, muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento.

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas antagónicos de enjuiciamiento: *el inquisitivo y el dispositivo*, enfrentamiento que continua vigente, en forma inexplicable, y con visos de no mejorar, al menos, en el campo del derecho procesal civil. En efecto, reitero acá, que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*, a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener, por algún autor, la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante –sin escuchar previamente a aquel contra quien se dirige la pretensión y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida en su contra– *le parece que quien pretende tiene directamente la razón,* por lo que aconsejan, doctrinalmente, otorgárselos sin más (por ejemplo, en lo que denominan *medidas autosatisfactivas*, que deben ser objeto de otro estudio detenido por parte del lector). En cambio, los procesalistas penales –que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no solo con sus patrimonios)– exigen cada día con más fuerza: ¡que se retace desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En 1998 comenzó la vigencia de un nuevo Código Procesal Penal en la Provincia de Buenos Aires (Argentina) que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación*. Extraño movimiento conceptual este que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: mientras se pretende *penalizar cada vez más el proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal*.

## 3. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria

El tema merece una aclaración previa: en el pensamiento garantista, el tema que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar, o limitar, la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente. Para que se entienda a cabalidad el tema, es menester recordar, de manera breve, la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya he explicado en otra oportunidad y que abrevio en la nota al pie de página.

Durante casi toda la historia del derecho -en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente, durante casi seiscientos años- se aceptó, en forma pacífica y en todo el universo hasta entonces conocido, que al juzgador –actuando dentro de un sistema *dispositivo* (que instrumenta un verdadero método de debate)– solo le tocaba establecer, en su sentencia, la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los cuales logró, durante el proceso, la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían *exactamente* con los acaecidos en el plano de la realidad social) y luego aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema *inquisitivo* (que instrumenta un verdadero método de investigación, que significa *inquisición*) generó entre sus numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social.

Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar una larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos, efectuada por el juez con base en su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y la perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación).

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y en otro sistema:

a. En el primero, el juez solo debe procurar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos

mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida.

b. En el segundo, el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad– como un verdadero *investigador,* en orden a procurar la *verdad,* para lograr con ella hacer *justicia,* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor y, por esa razón, se convierte en una rara mezcla de justiciero-Robin Hood, de detective-Sherlock Holmes, y del buen juez-Magnaud.

El tema no solo es fascinante; es preocupante, gravemente preocupante.

Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador,* lo hacen partiendo de la base de que la verdad y la justicia son *valores absolutos.*

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó de ello al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, valen tan solo porque *alguien los valora*?

En otras palabras: ¿los *valores*, como tales, son *absolutos* o *relativos?* (una puesta de sol, o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas, o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?).

El problema, traído al terreno judicial, parece fácil de resolver. En efecto, piénsese en un juzgador justiciero, que con rectitud y honestidad de espíritu hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento, y después de ardua búsqueda cree haber logrado esa verdad –en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas– y, con base en ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o al reo. Adviértase que esta óptica muestra a la verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar, y para todas las personas por igual.*

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior, donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior, por lo que revocan la sentencia emitida por este último y, en su lugar, *condenan* al demandado o al reo, en cada caso. Parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a

la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será solo la que declare el último juzgador, situación prevista como tal en el sistema de que se trate.

Lo primero que se le ocurrirá al lector –de seguro– es que, lógicamente, no pueden coexistir *dos verdades antagónicas,* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*). Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo, d*e tal modo que, lo que es justo para uno puede no serlo para otro, o lo que fue justo en el pasado o aquí, puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definirlas* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud. ¿Quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema, pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*.

Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real*? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición? Sin embargo, ello ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente, con el auspicio de importantes autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa verdad, a todas luces, inalcanzable.

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, en la que deben actuar solo como *normadores secundarios* (creando la ley solo cuando ella no está preordenada por el legislador). Esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, quienes se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo impredecible en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace lo que quiere, cual el Cadí.

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación*, *negación*, *confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión). Se sabe

también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente ocurre en la Argentina, donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr –en apariencia– mayor celeridad procesal).

Si se parte de que el objeto del proceso es la *sentencia*, y que en ella el juzgador debe *normar en concreto* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio para efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre –y no puede ser de otra manera– de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho que el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (... quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare ...), y con base en tal encuadramiento pretende (recuerde el lector que –lógicamente– no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena. Insisto en ello: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe proceder, tal y como lo hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado.* Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente, en tanto que este puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa–, mientras el juzgador debe *encuadrarlos en una norma jurídica* (creada o a crear) y, con base en tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al despliegue de una cierta conducta. En otras palabras, y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado,* y una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

# 4. La incumbencia de la actividad confirmatoria

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón, cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí, y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho, por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción respecto de la primacía de una de las versiones sobre la otra.

Pues bien, el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes, y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo, y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado –luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados– convocaba a las partes litigantes a una audiencia, para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos. De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar. Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación –o prueba– acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso, con lo que dejaba subsistente el conflicto que lo había originado. Para este efecto decía *non liquet* —no lo veo claro— y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa, ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar,* pues ella estaba –está– conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad;* adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer, en cada caso concreto, a quién incumbía la tarea de confirmar, con base en la facilidad que tenía para hacerlo, y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de "probar" (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara "probar" lo contrario). Ello quedó plasmado en el brocárdico: *el que afirma, prueba,* de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet,* y decidió terminar con ella. Así, estableció en el artículo 15 del Código Civil que: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América Latina. A pesar de tal disposición, el problema se ha mantenido idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de disposición legal,* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*.

Y ello porque la regla que establece que: *el que afirma, prueba,* resultó incompleta por su excesiva laxitud. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo.*

Según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador; la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución con base en pautas concretas y de pura objetividad. Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema. En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento, implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, por lo que se ha generado, en algunas veces, un caos evidente que resulta imposible de soportar.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada en el punto f) de la nota 33, generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos, susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, para dejar con ello erradicada, definitivamente, la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet.* Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda, o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho,* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento* o *suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación.* Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando, para los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser: a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera y, b) *eximente de responsabilidad* o *demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

Y, ahora sí, ya se puede explicar qué debe confirmar quien alega la existencia de un *hecho constitutivo*, o *extintivo*, o *invalidativo*, o *convalidativo* o *impeditivo,* no importando para ello el que sea el actor o el demandado quien lo haya invocado.

* * *

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar, en el proceso se ha llegado a establecer, desde la propia ley, un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios, productores de convicción. En efecto, si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado, y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción, en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación, y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, ahí sí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo* pierde el pleito, aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio; se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten, tanto el pronunciamiento *non liquet,* como su propia actuación confirmatoria, y que se involucre con ello, de manera personal, en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar, sino *quién asume el riesgo de qué falte al momento de resolver el litigio.* Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad, a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio, por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas, y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años. Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga,* alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual.* Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la

vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación. A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido. Sin embargo, actualmente, tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente, en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista,* algunos jueces, con alma de pretores, desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países–, y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto, por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar".* Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir, en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Por mi parte, creo que, en definitiva, la ley –y solo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria, a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción, y una vez que el pleito ha finalizado. En otras palabras y recurrentemente, *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor, según las normas tenidas en cuenta por los jugadores, durante todo el desarrollo del certamen, no solo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia confirmatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*– no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal, sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y, como es obvio, tal regla no solo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente, se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimental. No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido antes de ahora, que *no hay orden público procesal en materia transigible,* y que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante. Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no está expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada –aludo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente– que el concepto de *carga "probatoria"* (confirmatoria) ha fracasado, al ser transportado al proceso penal, donde –antes que hablar de *cargas*– cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación, pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito, en tanto exista, precisamente, un culpable) y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América Latina. En esta tónica, tales autores hablan, exclusivamente, con el sintagma *in dubio pro reo,* y exigen ingenua e ilegalmente la colaboración del propio imputado, a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir con bien del proceso.

Para finalizar, he hecho referencia sobre varias cuestiones que tienen que ver con la actividad probatoria en general, y con la confesada intención de advertir al lector que nada de ello le incumbe al juez, tanto en lo penal (donde rige el constitucional *estado de inocencia,* que enseña que nada puede exigirse al imputado en materia de prueba de descargo) como en lo civil (donde imperan en toda su extensión las reglas que gobiernan la carga de la prueba).

# 5. Conclusiones

De todo lo expuesto en este trabajo cabe concluir que:

1. Si se acepta inicialmente que el *debido proceso,* pensado y asegurado por el constituyente, no es ni puede ser otra cosa que *el proceso lógicamente concebido,* que como tal respeta sus propios principios, debe admitirse que es un *método de debate* pacífico, dialogal y argumentativo, que sirve para que dos sujetos *naturalmente desiguales,* que se encuentran en *situación de antagonismo* respecto de un bien cualquiera de la vida, puedan discutir en términos de *absoluta igualdad ante la ley,* asegurada por un juzgador gracias a sus calidades de impartialidad, imparcialidad e independencia.

2. Si el debate procesal no concluye por autocomposición, y exige el dictado de una resolución judicial que heterocomponga el litigio, el juzgador deberá analizar los hechos litigiosos a la luz de la norma jurídica que resulte aplicable al caso, en función de las pruebas de esos hechos, traídas al proceso en forma *regular* por las propias partes. Si el juzgador se limita a buscar su propia convicción en esto, excluye de la tarea decisoria su propio conocimiento personal de los hechos litigiosos y, además, toda prueba oficiosa que supla la inactividad de la parte a quien le incumbía producirla o mejorar la producida.

3. La aceptación de las dos conclusiones previas trae como inevitable consecuencia la de que el juzgador debe abstenerse de procurar una verdad diferente de la que surge de los propios autos y, de tal modo, aplicar la solución *legal* con el criterio de justicia del legislador.

4. Es de total obviedad que el *derecho* no privilegia a la *verdad* como un valor jurídico de máxima importancia. Es más, y aunque suene extremadamente duro: *la verdad no es un valor jurídico*.

   Para aceptar esta aseveración –que puede parecer temeraria– basta con mirar detenidamente la *Ley* para advertir que los valores trascendentes son: la *paz social*, con el consiguiente respeto a las reglas de convivencia, y la *certeza de las relaciones* individuales lograda con el simple acatamiento de la normativa vigente, en un lugar y tiempo dados.

   Si la *Verdad* fuere un auténtico valor, y el más importante para el derecho, tal y como lo sostienen el *activismo judicial* y lo más granado de la doctrina colombiana, todas las instituciones legales tendrían que ordenarse lógicamente con

ella para mantener un sistema coherente y comprensible. No puede ni podría ser de otra manera.

Pero la simple revisión de las instituciones normadas por la ley procesal –en rigor, por todas las leyes procesales– muestra, sin más, que no es así, ya que no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada *búsqueda de la verdad real* y la *absolución por la duda;* el *sobreseimiento*, tanto definitivo como provisional; la *caducidad de la instancia*; la *prescripción liberatoria*; la *carga probatoria*; la *caducidad de las prueba por negligencia del oferente en su producción*; la *congruencia procesal* del juzgador en su sentencia en función de lo pretendido, resistido y regularmente probado; la *cosa juzgada material*; la prohibición legal de discutir la *causa obligacional en juicio ejecutivo*, donde solo se acepta la excepción de inhabilidad de título, referida exclusivamente a sus aspectos externos (y nunca a su causa), etc.

Pero, además, también es de toda obviedad que los jueces no pueden hacer lo que quieren por puro voluntarismo, en cualquiera y en todo caso, pues siempre están sujetos a la aplicación de la Constitución y de la Ley: de caducidades; de prescripciones cuando han sido alegadas; de preclusiones; de requisitos de oponibilidad, de admisibilidad y de fundabilidad, que muchas veces deben ser aplicados de oficio; de instancias de parte legitimada e interesada; de cosa juzgada; de litispendencia; etc.

¿Cree el lector que la *verdad* importa tanto en el proceso como para ser erigida en el valor fundamental que deben tener en cuenta los jueces para resolver un litigio?




# Derecho procesal y prueba



# Tomando en serio la "duda razonable" (Enseñanzas de un caso judicial)

## Taking reasonable doubt seriously: A Court case

*Juan Igartua Salaverría*[1]
*Universidad del País Vasco*
*España*

## Resumen

El concepto de "duda razonable" varía sustancialmente si el veredicto (o la sentencia) ha de ser motivado o no. El presente artículo se sitúa en un contexto de veredicto motivado.

1 Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco (España). Es Licenciado y Doctor en Filosofía y Licenciado en Ciencias Políticas. Entre sus libros destacan: Teoría analítica del Derecho (La interpretación de la ley) (1994), Valoración de las pruebas, motivación y control en el proceso penal (1995), Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional (1998), El caso Marey: presunción de inocencia y votos particulares (1999), La motivación de las sentencias, imperativo constitucional (2003), El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio (2004), La motivación en los nombramientos discrecionales (2007). Es además autor de una sesentena de contribuciones en obras colectivas y revistas especializadas. Ha impartido cursos y conferencias en varias Universidades de Europa y América. Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación DER2013-47662-C2-1-R (Razonamiento judicial. Bases teóricas y análisis prácticos). E-mail juan.igartua@ehu.es

Tras esa opción inicial, el trabajo se divide en dos partes: una teórica y otra práctica. En la parte teórica se defiende la pertinencia de una epistemología falsacionista de la hipótesis acusatoria (la única que cuenta en el proceso penal); subrayando que la "duda razonable" es el instrumento de falsación más apropiado. Ahora bien, como existe una creencia muy difundida de que las pruebas indiciarias son el terreno propicio para que germinen las "dudas", habrá que establecer algunos criterios que determinen cuándo la duda es "razonable" y cuándo no. En la parte práctica se describe el ejemplo de un caso internacionalmente famoso (examinado por tres tribunales italianos diferentes) en el que el cuadro probatorio está compuesto íntegramente por pruebas indiciarias y los diferentes puntos de vista giran en torno a si con ellas se ha superado o no el estándar de la "duda razonable".

**Palabras clave:** Motivación del veredicto, proceso penal, estándares de prueba, prueba indiciaria, control casacional.

## Abstract

The concept of *reasonable doubt* varies, substantially, depending on whether the verdict needs motivation or not. This article analyzes *reasonable doubt* in the ground of the need of a motivated verdict. In order to do so, this paper is divided in two parts: *theoretical* and *practical*. The theoretical part asserts that the epistemology of falsification implies the defense of the accusatory hypothesis, as the later affirms that the *reasonable doubt*, as a mechanism of falsification, is the most appropriate procedural instrument. As there is a widespread belief on the fact that circumstantial evidence tends to create *doubts*, proper criteria to establish *reasonability*, in such cases, must be defined. The practical part analyzes a famous case (examined by three Italian courts) in which the discussion parts from the exclusive presence of circumstantial evidence and focuses on whether the *doubt* they create is *reasonable* or not.

**Key Words:** Motivation verdict, criminal proceedings, standards of evidence, circumstantial evidence, appellate review.

# Introducción

No hará falta advertir, creo, que en la expresión “duda razonable”, tomando la parte por el todo, va comprimida la celebérrima fórmula “más allá de toda duda razonable”. Y sin necesidad de ejercitarme ahora en duelos verbales ni conceptuales, también asumiré que en la fórmula susodicha se sustancia finalmente la versión más actualizada y propagada del benemérito “in dubio pro reo”, al punto de que ya tiene expreso refrendo legislativo (en países como Colombia y Chile, entre otros) y no sólo jurisprudencial (como de momento es el caso de España, por ejemplo).

## Dos tipos de “duda”

Pero quizás ya no esté tan de sobra alguna puntualización preliminar sobre la pertinencia del adjetivo “razonable” que acompaña a la “duda” en este específico contexto (Ferrua, 2014, pp. 4-7). Porque, en efecto, ¿qué tipo de “duda” ha de ser superada para condenar? Tengamos presente que hay dos modelos de prueba con sus correspondientes estándares probatorios.

Está, de una parte, el modelo *deductivo* propio de las ciencias formales (en el que por “prueba” se entiende la *demostración*). En éste, las premisas implican necesariamente la conclusión; de modo que si son verdaderas las primeras es imposible que sea falsa la segunda. Aquí bien cabe decir que puede alcanzarse una prueba más allá de toda duda *lógica*.

Por supuesto, no es ése el modelo que vale en el ámbito de las ciencias empíricas y humanas, en las que las inferencias no están provistas de necesidad lógica (de manera que, aun siendo verdaderas las premisas, puede resultar falsa la conclusión); y menos aún en el proceso penal donde se trata de reconstruir hechos del pasado mediante *inducción* o –mejor- *abducción* a partir de datos del presente. En este terreno, el estándar probatorio se atenúa forzosamente; y no siendo posible eliminar toda duda “lógica”, habrá que contentarse con excluir toda duda *razonable* (tarea en la que la *argumentación* toma el relevo de la -aquí impracticable- “demostración” matemática).

Dicho y asumido lo cual, aún nos aguarda resaltar la diferente operatividad del mencionado criterio de la “duda razonable” en función de si el veredicto (o la sentencia) incluye o no el requisito de la “motivación”.

## Una radical transformación por efecto de la "motivación"

A. Recuerdo que hace no tantos años, en una mesa redonda reservada a comentar una escéptica ponencia del eminente epistemólogo Larry Laudan[2] (en la que se subrayaba el nulo valor de la "duda razonable" en su presumida función de estándar probatorio), un destacadísimo procesalista de nombradía internacional formuló una serie de observaciones; una de las cuales atañía a la peculiaridad de los sistemas procesales del *civil-law*, en los que la obligación de motivar las decisiones sobre los hechos tiene por finalidad evitar que éstas sean tomadas según el arbitrio subjetivo del juzgador[3].

No obstante, el ponente interpelado, en las contadas páginas de "Una breve réplica" a sus comentaristas, vino a rebajar hasta casi la nada la incidencia real del factor apuntado (o sea, de la motivación). Literalmente dijo que "podemos preguntarnos si la sustitución del jurado por un juez profesional y del veredicto no motivado por un veredicto motivado sería suficiente para hacer el estándar de la duda razonable más provechoso. Yo creo que la respuesta tiene que ser negativa. Nuestro problema no es quién juzga los hechos o la ausencia de una obligación de motivar el veredicto. Nuestro problema es que el mismo estándar de prueba –la prueba más allá de toda duda razonable- es profundamente vago e incomprensible. No quiero decir simplemente que los jueces legos no puedan entenderlo, aunque efectivamente sea así. Quiero decir que tampoco los jueces, ni los magistrados de los tribunales superiores, ni los estudiosos académicos del Derecho han llegado a un consenso acerca de en qué consiste la duda razonable, a pesar de haber contado con dos siglos para clarificar esta noción" (Laudan, 2005b, p. 154).

Desconozco qué literatura ha frecuentado el epistemólogo americano[4] para forjarse tan desalentadora percepción del panorama existente, ya que parece contrastar con la realidad de propuestas teóricas al uso en la actualidad y también de prácticas jurisdiccionales que –día a día- van ganando terreno. Y,

2 Cuya versión castellana ("Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar") se publicó por vez primera en la revista *Doxa,* nº 28, 2005a.

3 Taruffo (2005, pp. 121-122). Y, salvadas las abisales distancias del respectivo prestigio (del profesor italiano y mío), también yo abundé, también allí, en la misma idea de que "el susodicho estándar de la ´duda razonable´ estaría mejor garantizado en un sistema como el español (en el que hasta el veredicto del jurado debe ser motivado) que en su ambiente originario" (Igartua, 2005, p. 150).

4 Consta que conoce –y bien a fondo- todos los debates habidos en los Estados Unidos (Cfr. Laudan, 2011) pero no sabemos si está al corriente de lo que, en los últimos años, se ha escrito en Europa.

aunque quizás siga adoleciendo de alguna vaguedad y oscuridad el estándar de la “duda razonable”, en mi opinión raya en el exceso tildarlo de “profundamente vago” y bordea el disparate –me parece y sin merma del debido respeto- conceptuarlo como “incomprensible”.

B. No descarto que, en el desdén que nuestro epistemólogo prodiga hacia la eficacia de la motivación en este particular contexto, late un malentendido (muy difundido incluso entre juristas) cual es la convicción de que aquélla (la motivación) no pasa de ser un mero requisito que, exigido o no, deja el resto inalterado, tal cual estaba. Y, sin embargo, no es así, ya que la obligatoriedad de aquélla transforma hasta la misma concepción de la “duda razonable”. Veámoslo si no.

A un simple mirar (de ojos hasta con dioptrías), sobresalen unas cuantas diferencias en la tabla comparativa entre el papel que la “duda razonable” juega en un régimen de veredicto inmotivado y el que desempeña dentro de la disciplina de una resolución motivada.

Empezando por lo más vistoso (pero lo que menos cuenta ahora), reluce que, en un veredicto inmotivado (como el del jurado usamericano), el *momento* procesal en el que cobra protagonismo la “duda razonable” coincide con el de las *instrucciones* dirigidas al jurado previas a la deliberación; en tanto que, en el marco de una resolución motivada, la hora central de la “duda razonable” llega con la deliberación que culmina en la formación del *veredicto*. Por tanto, también es distinta la *función* de la “duda razonable” en uno y otro momento; en el primero las instrucciones se orientan a proporcionar una recta *comprensión* de la fórmula “duda razonable” (y se desentienden de lo sucesivo), en el segundo la “duda razonable” se erige en criterio valorativo cuya *aplicación* ha de controlarse (con independencia del acierto o desacierto de las instrucciones recibidas). Y de ahí se seguirían diferentes *efectos* procesales si se incurriera en error; en el primer caso se trataría de un error *in procedendo*, en el segundo de un error *in iudicando*. Etcétera.

C. Pero la que ahora mayormente importa es otra diferencia, a saber: en un sistema de un veredicto inmotivado, el atributo de “razonable” es objeto de una *presunción* y se predica del *juez* que duda; en cambio, en presencia de una resolución motivada, la cualidad de “razonable” es una propiedad de la *duda* y requiere además *corroboración* racional. O sea, en el primer caso, la “duda razonable” es la duda que madura en la cabeza de un juez al que se presume razonable; en el segundo, la “duda razonable” es la duda sustentada en razones que han de exponerse para que puedan ser controladas (Iacoviello, 2013, p. 434).

Se adivina, entonces, por qué suele exigirse la unanimidad para los veredictos inmotivados; y es porque se supone que los jueces no son seres desequilibrados y bastaría el desacuerdo de uno solo para que se disparara la "duda razonable". Es decir, la *unanimidad* sería el sucedáneo garantista de la *motivación* (allí donde ésta falte) (Corso, 2008, pp. 225-228), ya que los legisladores tienden a asegurar la correcta reconstrucción de los hechos bien por el *número* de los jueces que han decidido (unanimidad o aplastante mayoría) o bien por la *calidad* del juicio (Ruggieri, 2012, pp. 232-233).

Sin embargo, rompe todos los esquemas mostrar estupefacción –como se ha hecho- porque un tribunal condene a pesar de "que exista un voto disidente –razonado y motivado- que está por absolver" (Carnevali & Castillo Val, 2011). En audaz golpe de mano, el argumento vendría a ser el siguiente: "Como cada juez debe fundamentar su opinión, en caso de que haya dos pareceres por condenar y uno por absolver (todos razonados y relativos a la valoración de la prueba), ello basta para mostrar que en el tribunal ha existido una duda razonable. A menos, claro está, que se suponga que el juez minoritario es un ser irracional" (Etcheberry, 2011). Omitiré reiterar que, ante una resolución motivada, huelga –por impertinente- entregarse a suposiciones acerca de la razonabilidad o irrazonabilidad personal del magistrado que discrepa. Ahora bien, me parece que en la objeción transcrita está emboscada una confusa noción relativa a la "motivación". En efecto, todo depende de qué se entienda por "pareceres razonados relativos a la valoración de la prueba". Y, como debería saberse, la motivación no está destinada a que el juez *exprese* meramente el *hecho* de que duda, ni para que *describa* por qué *duda*, sino para que *justifique* por qué es *razonable* su duda. Y resulta obvio, o a mí me lo parece, que una misma duda no puede ser razonable y, contemporáneamente, no-razonable. Alguien (la mayoría o la minoría) yerra. Además, puestos a ser coherentes, valdría por añadidura el argumento *ad hominem* de ¿por qué, para salvar la razonabilidad de la minoría que duda, se condena a la irrazonabilidad a la mayoría que no duda?

# 1. Intermedio teórico

No obstante lo dicho, cualquiera se sentiría singularmente defraudado si nos contentáramos con destacar que la falla del veredicto inmotivado (en tanto que *black box*) está en que excluye cualquier test de racionalidad sobre la duda que se pueda pretextar. La motivación no solo destierra las "cajas negras" sino que además, ya en plan constructivo, instaura una "teoría del conocimiento procesal" (Iacoviello, 2000, p. 761) que sirve para controlar si es completa la

relación del cuadro probatorio que emerge tras el contradictorio, si son lógicas las conexiones entre las pruebas y la hipótesis a probar, si las inferencias utilizadas son las apropiadas, si se han valorado las hipótesis alternativas, si las resultancias probatorias alcanzan el grado de conclusividad requerida y hasta si tienen fundamento los votos particulares de la minoría.

De ese modo -y así se ha escrito- “el test de razonabilidad o irrazonabilidad de la duda, en tanto que ´regla probatoria y de juicio´, hoy se coloca al lado de los valores que fundamentan el proceso penal, en el más transparente y verificable contexto gnoseológico de la justificación legal y racional de la decisión, sólo en el cual encuentra sólido y seguro fundamento la legitimación del juez” (Canzio, 2007, p. XIII).

Pero para que lo dicho no se quede nada más que en proclama abocetada, convendrá demorarse un poco en algunos protocolos teóricos.

## 1.1. Generalidades de partida

A esos efectos, es preciso arrancar de unos cuantos presupuestos básicos.

A. En el proceso, toda la actividad probatoria pivota sobre dos polos: la *hipótesis* a probar y los *elementos* de prueba, y ambos se necesitan recíprocamente. Una hipótesis sin el sustento de los elementos de prueba se queda en la pura gratuidad; unos elementos de prueba sin hipótesis no son tales (porque nada es prueba *en sí* sino siempre prueba *de* lo que haya de probarse).

B. Existe, por tanto, una relación inescindible entre la hipótesis (a probar) y los elementos (con los que aquélla pretende ser probada). Sin embargo, el *tipo* de relación varía según si los elementos de prueba constituyen –de conformidad con la nomenclatura al uso- bien prueba *directa* o bien prueba *indirecta* de la hipótesis en juego. Si lo uno, se establecería una relación *inmediata* (automática) entre el elemento y la hipótesis, sin necesidad de ningún razonamiento para justificarla. Si lo otro, la relación sería *mediata*; y por partida doble, además: de un lado, el elemento de prueba no apuntaría verticalmente al hecho principal en litigio (a la hipótesis) sino a través de un hecho secundario (un indicio) que después habría de conectarse con el hecho principal; de otro lado, la conexión entre el hecho secundario (indicio) y el hecho principal (hipótesis) no se efectuaría de manera mecánica sino demandaría la mediación de un razonamiento (una inferencia), cuyo grado de probabilidad acostumbra a ser variable (atendido el diverso sedimento empírico de la inferencia utilizada en cada ocasión).

C. Efímera victoria sería establecer un nexo relacional entre el elemento de prueba y el *factum probandum* si, después, el primero se revelara carente de

credibilidad o de precisión. Valorar la atendibilidad y la puntería del elemento de prueba se erige, pues, en tarea primaria y básica (a no confundir, sin embargo, con el reconocimiento de su fuerza probatoria, que es cosa distinta).

A este respecto, precisamente, conviene intercalar la mención a la archicitada (pero a menudo borrosa) diferencia entre "valoración *individualizada*" y "valoración *conjunta*" de las pruebas. Veámosla.

a. Los elementos de prueba que se aducen para probar una hipótesis han de estar a su vez "probados" (p.ej. la declaración de un testigo presencial sirve para esclarecer un hecho a condición de que la declaración haya sido valorada antes como fiable). No obstante, la acreditación de un elemento de prueba no prejuzga la fuerza que ése posee en orden a probar la hipótesis en juego. De ahí se sigue que el método para valorar los elementos de prueba (valoración "individualizada") difiere del método para valorar la hipótesis (valoración "conjunta") porque apuntan a *objetos* y a *objetivos* diversos: la valoración individualizada se centra en los *elementos* de prueba con el fin de testar su *fiabilidad* y eventualmente de proceder a su *interpretación* (si presentan alguna ambigüedad de sentido); la valoración conjunta pone la mirada en la *hipótesis* para ponderar cuánta es la *probabilidad* que a ésa le confieren finalmente los elementos de prueba atendibles y convenientemente interpretados.

   Dicho lo cual, quizás haga falta precisar que tanto la acreditación como la significación de un elemento de prueba (es decir, la valoración individualizada misma) haya de tener una doble dimensión: una *intrínseca* (del elemento considerado en sí mismo) y otra *contextual* (del elemento en relación con los otros elementos presentes). Y eso antes de embarcarse en la valoración conjunta.

   Téngase presente, además, algo que a veces es dable al olvido; la ya destacada diferencia entre pruebas (unas directas y otras indirectas). En las directas, la fiabilidad y la precisión de los elementos de prueba sería condición necesaria y suficiente para que ésos desplieguen su eficacia probatoria. En las indirectas, en cambio, la fiabilidad y la precisión de los elementos probatorios, aun siendo condición imprescindible, se revela insuficiente; tan importante –si no más- es el vigor de las inferencias que relacionan los elementos de prueba con la hipótesis a probar (inferencias cuya fuerza habrá de ser estimada no de modo aislado sino también contextualmente).

b. Una vez acreditados y precisados los elementos de prueba y trazadas las inferencias que los conectan con la hipótesis probatoria, llega la hora de la

valoración conjunta que, como con precedencia se ha señalado, consiste en apreciar con qué fundamento probatorio cuenta la hipótesis.

## 1.2. Algunas convenciones específicas

Agreguemos a lo dicho un puñado de puntualizaciones más perpendiculares.

A. La hipótesis protagonista del proceso penal es única y exclusivamente la hipótesis acusatoria.

   La hipótesis acusatoria ha de someterse, para empezar, a un procedimiento de verificación (examinando qué elementos de prueba la sustentan, ya que sin éstos pierde su razón de ser[5]) y, después, a un procedimiento de falsación (analizando, si los hay, los elementos de prueba que contradicen o debilitan la hipótesis u otras hipótesis que rivalizan con ella[6]).

   Una epistemología "verificacionista" se afana por buscar la coherencia de la hipótesis acusatoria con los elementos de prueba. En cambio, una epistemología "falsacionista" intenta confutar la hipótesis acusatoria; y, en el proceso penal, el instrumento de confutación preferido es la *duda* (Iacoviello, 2013, p. 438).

   Ahora bien, la duda pertenece a dos estirpes distintas. Está, de un lado, la duda *interna*, que mina desde dentro la coherencia y la suficiencia de los elementos de prueba respecto de la hipótesis acusatoria; y, de otro, la duda *externa*, que desafía desde el exterior la hipótesis acusatoria por cuanto existen otras explicaciones plausibles de los hechos. Y la condena sólo es legítima si se superan las barreras de esta *doble* duda (Iacoviello, 2013, p. 465).

B. Yendo al grano de la duda *interna*, cabría identificar un par de flancos principales para el control de si la hay o no; a saber: uno, los elementos de prueba; dos, los nexos inferenciales entre éstos y la hipótesis a probar. Veámoslo con un mínimo detenimiento.

   a. Como antes se convino, una hipótesis perfectamente lógica y coherente, que lo explicara todo, sería gratuita o puramente conjetural de no contar con el

5 Pues es obvio que si no hay prueba alguna, o las hay pero no convincentes, procede la absolución directamente sin que por ningún lado asome el problema de la "duda razonable" (Taruffo, 2009a, p. 310).

6 Por hipótesis alternativas pueden entenderse tanto las *contrarias* como las *diferentes* a la manejada por la acusación (Taruffo, 2009a, p. 311).

sustento de *elementos* de prueba. En este terreno, el tribunal controlador dispondría de varios blancos hacia los que enrumbar sus tiros críticos.

El tribunal encontraría camino expedito para recorrerlo con airoso paso si la primera instancia hubiera omitido expresar las pruebas con las que pretendía justificar su decisión o aludiera a pruebas aparentes pero huecas de contenido.

Con no menos cómoda victoria se alzaría la apelación si las pruebas (*prima facie* sustanciosas) invocadas por la primera instancia fueran *inválidas* (p.ej. a causa de su ilícita obtención).

E igualmente se vaciaría de sustento probatorio la decisión recurrida si las pruebas asumidas en ésta, a primera vista pertinentes y sin tacha de invalidez, aparecieran sin embargo desprovistas de una *fiabilidad* acreditada (al igual que sería insensato aspirar a levantar un edificio sólido con materiales de dudosa consistencia) o afectadas por insuperable *imprecisión*.

Así mismo, también serían propicias para el control aquellas pruebas que entraran en *contradicción* con la hipótesis acusatoria (es decir, que en lugar de para probarla sirvieran para confutarla) y no apareciera reflejada en la sentencia impugnada la valoración de las mismas.

Finalmente, podría darse la circunstancia de que el control revelara una *incompletitud* del cuadro probatorio si los elementos de prueba disponibles no cubrieran todos los aspectos del supuesto de hecho penal (p.ej. sirvieran para probar la acción homicida pero no el dolo).

b. La construcción fáctica de la sentencia condenatoria puede manifestarse vulnerable de otra guisa. Aun cuando los distintos elementos de prueba estuvieran provistos de firme acreditación y perfil definido, debe recordarse que no toda la información probatoria procesalmente adquirida es información *relevante* (o no en el mismo grado); para ello se precisan *criterios de inferencia* que la conviertan en tal; es decir razonamientos (científicos o de experiencia común) que conecten el "*factum probans*" (o elemento de prueba) con el "*factum probandum*" (o hipótesis a probar).

Pues bien, en la selección de esos nexos inferenciales a veces cabe advertir no minúsculas incorrecciones[7]. Por ejemplo: si se yerra en identificar el

7 Por todos, Cfr. Taruffo (2009b, pp. 446 y ss.).

fundamento cognoscitivo –y las subsiguientes implicaciones- de una determinada generalización científica (confundiendo, pongamos, la “causalidad general” o estadística con la “causalidad individual” o nomológica); si se usa una máxima de experiencia que contradice conocimientos científicos disponibles; si se utiliza una máxima de experiencia incompatible con otra máxima de experiencia; si se recurre a una presunta máxima de experiencia que no es tal (del tipo “toda persona que quiera sustraerse a la violencia sexual empieza peleándose con el agresor”); si se incurre en una petición de principio transformando la hipótesis a probar en criterio de inferencia (pongamos que para mostrar la responsabilidad del *capo* mafioso en un homicidio cometido por uno de sus sicarios se utilizara la inferencia “ningún homicidio comete un miembro de la mafia sin el previo consentimiento del capo”, cuando eso es justamente lo que habría de probarse); si se adopta un criterio de inferencia no pertinente (dando por bueno el reconocimiento efectuado a distancia mediante el argumento de que “el testigo de buena fe es creíble”); si se absolutiza el criterio de inferencia excluyendo toda excepción (“siempre se encontrarán partículas de nitratos y nitritos en manos de quien ha realizado un disparo de pistola”); si se atribuye al criterio inferencial un grado de probabilidad que no le corresponde (así, otorgando el grado máximo a la inferencia grafoscópica de “si dos escritos poseen numerosos elementos similares, es que provienen de la misma mano”); si ante dos criterios no contradictorios pero que conducen a conclusiones distintas se elige el de inferior probabilidad (prefiriendo, supongamos, en el caso de declaraciones coherentes y corroboradas realizadas por la víctima del delito la máxima de “las declaraciones de la víctima son inatendibles” en lugar de la alternativa “las declaraciones coherentes y contrastadas son creíbles”); etcétera.

A lo que íbamos: las fallas en el entramado racional restan sostén (poco, bastante o mucho, en función de su número, gravedad y ubicación en la estructura argumentativa) a un discurso que ambicione una firmeza por encima de la duda razonable.

C. Coloquémonos ahora en la suposición de que la decisión condenatoria encuentra corroboración en medios de prueba fiables así como suficientemente definidos y que los enlaces inferenciales entre éstos y aquélla son los adecuados. ¿Quedaría aún resquicio para la duda razonable?

Dependerá del grado de *conclusividad* que ostente el *resultado* de la prueba (de conformidad con el estándar estipulado). En este sentido, para absolver

bastará *formular* (no probar)[8] una *hipótesis alternativa* provista de una mínima *verosimilitud* (aun cuando de escasa probabilidad) por relación a lo que, según la experiencia común, se considera como normal y familiar[9], o sea *razonable* (no valiendo, por tanto, una hipótesis abstractamente posible construida mediante una inverosímil combinación de circunstancias)[10].

## 1.3. Prueba indiciaria y "duda razonable"

Al amparo de graciosa metáfora se ha escrito que la prueba indiciaria es "la vasta pradera en la que pueden retozar libremente las sugestiones emotivas del juez" (Iacoviello, 2013, p. 589). Lo propio cabe decir de las "dudas razonables", pues el de los indicios es el preferente ámbito nativo de las dudas en el proceso penal. O, en cualquier caso, de las dudas que ha engendrado el caso del que me ocuparé a la vuelta de la esquina.

A propósito de este caso, precisamente, se recalcaba la necesidad de someter a una implacable operación de falsación cada uno de los indicios señalados en la acusación (cosa que, en opinión de la autora, no se hizo en la primera instancia), ya que si no se examina "el atributo de la precisión en relación a cada circunstancia indiciante como un ´pre-requisito´ para que se pueda proceder más allá en el razonamiento indiciario", eso invalida "proseguir el recorrido lógico valorando la gravedad del indicio a la luz de las máximas de experiencia aplicables" (Conti, 2012, pp. 243-245). O sea, no hay que moverse con desembarazo en esas parcelas.

8 Normalmente corresponderá a la defensa la formulación de tal hipótesis alternativa, sin que por ello se altere en nada la consabida asignación de la "carga de la prueba" a la acusación. Al efecto, se ha escrito que conviene distinguir la carga de "producción de prueba" por un lado y la carga de "persuasión" por el otro. La carga de "producción de prueba" afecta solamente a la acusación; pero la carga de "persuasión" también incumbe a la defensa. La acusación debe *probar* la comisión del delito más allá de toda duda razonable, pero la defensa debe *argumentar* por qué tal objetivo no ha sido alcanzado (Cfr. Allen, 2013, pp. 41-47).
No obstante, con independencia de las alegaciones de las partes, el juez debe plantearse si existe alguna explicación alternativa de los hechos, a pesar de la eventual pasividad de la defensa. Oportunamente se ha escrito: "La lógica no es una facultad que el juez pueda usar sólo a instancia de parte. La lógica es un poder de oficio del juez" (Iacoviello, 2013, p. 468).

9 "El concepto de verosimilitud no implica probabilidad, y mucho menos prueba del hecho, pero implica algo diferente de la mera posibilidad teórica (…) Se trata de un criterio de *razonabilidad práctica*: si no es posible imaginar una versión alternativa verosímil del hecho, se puede decir que la prueba del mismo no encuentra ninguna duda razonable" (Taruffo, 2009a, p. 311).

10 Cfr. Zaza, 2008, pp. 127-130. Como ejemplos de hipótesis exculpatorias fantasiosas pueden valer las manejadas en el "caso Bretón", acusado de matar y quemar los cuerpos de sus dos hijos de muy corta edad (Cfr. Nieva, 2013, pp. 85-87).

A. Está muy estudiado el tema de los “indicios”. Así que me acercaré a él con maneras un tanto expeditivas. Luego, quizás, me toque ser más reverente.

   Parece que las indesligables condiciones de los indicios (para su aprovechamiento probatorio) son: la *certeza*, la *gravedad*, la *pluralidad*, la *precisión* y la *concordancia*[11].

   a. Por lo común, la jurisprudencia considera la *certeza* como requisito ineludible del indicio. Y con razón, pues el indicio, antes de probar, debe ser probado; lo contrario, sería como construir un edificio sobre una base vacilante. Un problema conexo era el de si los indicios han de ser acreditados necesariamente mediante prueba directa, si bien tal cuestión hoy parece superada y se acepta largamente que el indicio pueda ser probado mediante otros indicios (el llamado “indicio mediato”).

   b. La *gravedad* indica el grado de probabilidad (el “peso”) que –dado el indicio- se confiere a la hipótesis referida al hecho que se pretende acontecido. La medida de la probabilidad deriva de la fuerza lógica de la inferencia que conecta el hecho indiciante con la hipótesis a probar; de modo que un indicio es gravísimo, grave o poco grave dependiendo de si su nexo con el hecho a probar es altamente probable, probable o simplemente posible. Y aquí despunta una preocupación: ¿qué pasa cuando nos encontramos ante un complejo de indicios ninguno de los cuales es autónomamente resolutivo? ¿Podría predicarse del *conjunto* la propiedad de la “gravedad”? Prospera más el “sí” que el “no”[12].

   c. Nuestros tribunales acostumbran a insistir también sobre la necesaria *pluralidad* de los indicios presumiendo que, para fundamentar una condena penal, no basta un indicio aislado debido a la naturaleza poco consistente y ambigua de éstos. Pero se trata de una doctrina basada en un par de connotandos prejuiciosos: el primero, en una consideración muy *depreciada* de los indicios (inconsistentes y ambiguos, se piensa que son); el segundo, en una conceptuación *indiscriminada* de los mismos (como si todos los indicios fueran de la misma ralea). Y no hay tal. Los indicios son de diferentes tipos (“equiprobables”, “orientados”, “cualificados”, “necesarios”) (Zaza, 2008, pp. 104-113), y a veces con uno solo (si es “necesario”) puede bastar.

11 Sigo fundamentalmente a Iacoviello (2013, pp. 574-576). Cuando me apoye en otras fuentes, intercalaré las correspondientes referencias.

12 Y con fundamento, pues si los indicios, valorados uno por uno, tienen un insuficiente valor probatorio, la valoración puede cambiar al integrarlos en un conjunto funcional probatorio (Verrina, 2012, p. 394).

Por eso, acertadamente se ha dicho que "los indicios no se *cuentan*, se *pesan*" (Iacoviello, 2013, p. 576).

d. El atributo de la *precisión* se refiere, tradicionalmente, a la univocidad del indicio. En principio, sería preciso que el indicio apunte exclusivamente el hecho a probar; si bien hoy se entiende que el indicio preciso es el que conecta no con un hecho único sino con un área restringida de hechos (suele pensarse que la "precisión" se solapa con la "gravedad" ya que es difícil imaginar un indicio unívoco que no sea grave y un indicio grave que no sea unívoco; no obstante se trata de propiedades distinguibles, p.ej. el móvil puede ser un indicio unívoco pero no grave). De cualquier modo, no conviene perder de vista la contextualidad del indicio, de suerte que un indicio ambiguo en sí mismo, puesto sin embargo en el contexto de otros indicios, puede ver reducida su fisiológica ambigüedad; al igual que una palabra con significados múltiples, una vez insertada en una frase, pierde gran parte de su originaria imprecisión (Lanza, 2011, p. 374. También, Battaglio, 1995, p. 418).

e. El requisito de la *concordancia* se inscribe ya en la etapa de la valoración conjunta de los indicios; esto es, una vez examinados los indicios bajo el perfil de la certeza, de la gravedad y de la univocidad, entraría en funcionamiento el plurisecular principio de "*quae singula non probant, simul unita probant*". No obstante, sería irrealista pretender que en el proceso debe haber solo indicios a favor o indicios en contra de una cierta hipótesis. No existe proceso en el que no haya indicios y contraindicios. Es absurdo pensar que la hipótesis acusatoria solo resulta probada si únicamente hay indicios de cargo y ninguno de descargo. Ahora bien, un contraindicio no es de por sí causa para que la "duda razonable" bloquee la hipótesis acusatoria; dependerá de su "peso". Y el peso depende, a su vez, de cómo se inserta el indicio o el contraindicio en el conjunto del cuadro probatorio.

B. Tras lo visto, nada cuesta conceder que el juez primeramente está llamado a valorar los indicios individualizadamente (pero a la vista del contexto en el que se inscriben) para, después, realizar una valoración conjunta consistente en la consideración combinada y unitaria de todos los indicios.

Por eso, destiérrese la pretensión (muy enraizada en los hábitos y el lenguaje de no pocos juristas) de que la fórmula "más allá de toda duda razonable" despliega su radical vigencia ya desde los primeros compases de la valoración probatoria, como si debiera descartarse de entrada todo indicio que estuviera afectado en sí mismo por alguna ambigüedad o no fuera particularmente persuasivo. Un indicio de semejante pelaje suscita, naturalmente, alguna duda razonable, pero ésta es *provisional* (Iacoviello, 2013, p. 582). De ahí que cada indicio deba someterse

también a controles cruzados con elementos de otras secuencias probatorias (Mazza, 2012, p. 364); es decir, deba ser “contextualizado”.

Más todavía. El resultado de prueba individualizado de cada indicio, aun estando rodeado de amplios márgenes de incertidumbre, “entrará de todos modos en la valoración conjunta de todas las evidencias disponibles en el momento decisorio, pudiendo en esta segunda fase ser objeto de una nueva valoración a la luz de todos los elementos recogidos en el entretanto, que quizás suban o bajen el nivel de persuasividad del resultado de prueba originario, incluso mediante el empleo de máximas de experiencia diferentes sugeridas por la evolución del cuadro probatorio en su conjunto”, pues “la inferencia inductiva del juez es un *work in progress* en el que las conclusiones obtenidas inicialmente podrían ser superadas en un momento sucesivo por la valoración conjunta de más elementos de prueba” (Mazza, 2012, p. 365).

C. Aún faltaba otra pieza esencial: la existencia o inexistencia de alguna *hipótesis alternativa*. Al respecto no tiene desperdicio el siguiente pasaje (Iacoviello, 2013, p. 583) (además de insuperable claridad en su escritura) que será transcrito tal cual:

> El proceso indiciario tiene tres puntos débiles: pocas informaciones, indicios no unívocos, indicios contradictorios.
> Sobre la base de pocas informaciones se pueden construir relatos diferentes, como sobre la base de pocos detalles fisionómicos se pueden construir identikit diferentes.
> Normalmente los indicios son equívocos, es decir se prestan a interpretaciones diferentes.
> Y normalmente existen indicios contradictorios.
> De aquí la *necesidad* en el proceso indiciario de excluir la hipótesis alternativas del hecho.
> La exclusión de hipótesis alternativas remedia la pobreza de informaciones. Si en base a las pocas informaciones que tenemos, el hecho es reconstruible de una sola manera, aquellas pocas informaciones se convierten en suficientes.
> La exclusión de hipótesis alternativas tiene la virtud de hacer *unívocos* los indicios *equívocos* y de recomponer la fractura entre *indicios* y *contraindicios*.
> Si sólo una *determinada* interpretación de los indicios conduce a una historia lógica y coherente, las otras interpretaciones *posibles* de cada uno de los indicios serán descartadas.
> Por tanto, la exclusión de hipótesis alternativas es una potente *prueba lógica* a favor de la acusación. Porque no solo muestra la *logicidad* de la acusación, sino demuestra su elevadísima *probabilidad*.

# 2. La ilustración de un caso famoso

Como los trabajos teóricos son, por lo general, obras abiertas a muchas lecturas, el medio más adecuado para comprender -obviamente el funcionamiento real, pero incluso- el alcance de esta regla ("más allá de toda duda razonable") parece ser un análisis de *law in action* centrado en una historia judicial de gran repercusión mediática (tanto en Europa como en los Estados Unidos, de donde es ciudadana una de las personas encausadas).

## 2.1. Pequeña composición de lugar

En via della Pergola n.7 de Perugia hay una villita de dos plantas. En la primera se alojaban cuatro chicos estudiantes (cuyos nombres no importan). En la segunda, cuatro chicas: dos italianas (Filomena y Laura), una inglesa (Meredith, que había iniciado una relación con uno de los vecinos de abajo) y una estadounidense (Amanda Knox, novia reciente de un estudiante italiano llamado Raffaele Sollecito).

Los muchachos de la primera planta frecuentaban una pequeña cancha de baloncesto, próxima a la casa, y en ella habían conocido a Rudy (marfileño pero residente en Italia desde su niñez) a quien presentaron a las chicas de arriba, compartiendo a veces ratos de ocio todos juntos, ellos y ellas.

Aprovechando la festividad de Todos los Santos, las dos italianas habían ido a casa de sus respectivas parentelas, quedando en el piso esos días Meredith y Amanda solamente.

En la noche entre el 1 y 2 de noviembre -dice la sentencia de primera instancia- Meredith, tras una invasión de la esfera sexual, murió por un doble mecanismo: hemorrágico y asfítico. La hemorragia se produjo por la herida mayor inferida en el cuello; y la asfixia es atribuible a la aspiración de la propia sangre y a una ulterior acción de estrangulamiento/sofocamiento. El agresor (o agresores) colocó (colocaron) una colcha encima del cuerpo de la víctima, cerraron la puerta de la habitación con llave (que no apareció) y tiraron los dos celulares de la víctima en un parque (a las 0,10 del día 2).

El cuerpo de la inglesa fue descubierto el día 2, sobre las 13,30 horas, después de que Amanda y Raffaele denunciaran un robo en el piso y la policía hubiera recibido el aviso de que se habían encontrado tirados en un parque dos teléfonos móviles (que resultaron ser los utilizados por Meredith). La habitación de ésta aparecía cerrada con llave y hubo que forzar la puerta para encontrarse con la macabra escena.

Primero fue condenado Rudy, que había optado por el juicio abreviado, pues eran muchos los rastros biológicos dejados en el apartamento y en el cuerpo de la víctima. Después, la Corte d´Assise de Perugia condenó también a Amanda y Raffaele por el homicidio; además, Amanda fue condenada por un delito de calumnias al haber inculpado en falso de aquella muerte a Patrick (congoleño, que regentaba un pub en el que Amanda trabajaba por horas).

Recurrida esta sentencia en apelación, el Tribunal (aun confirmando la condena contra Amanda por el delito de calumnias) absolvió a la pareja de la muerte que se les imputaba en una resolución que parecía no tener vuelta de hoja[13].

Sin embargo, impugnada a su vez la sentencia absolutoria, ésta fue anulada por la Corte de Casación y remitida para un nuevo juicio a un tribunal de apelación diferente.

## 2. 2. Prueba por indicios

La reconstrucción de los hechos efectuada por el tribunal de primer grado contrastaba, como puede suponerse, con la versión que habían ofrecido la pareja de novios. Estos contaron que, libres de las ocupaciones previstas para la tarde del día 1 de noviembre, fueron a casa de Raffaele (en Corso Garibaldi) donde cenaron muy tarde, fumaron marihuana, practicaron sexo, se ducharon, se entretuvieron y se fueron a dormir hasta las 10,30 de la mañana siguiente, día 2 de noviembre. Tras levantarse, Amanda fue a su casa de via della Pergola para ducharse y cambiarse de ropa antes de viajar, con Raffaele, a la Fiera dei Morti en Gubbio. Al llegar a casa, observó que la puerta de la entrada estaba abierta. No obstante se duchó en el baño pequeño (utilizado habitualmente por ella misma y Meredith). A la salida del baño se percató que la puerta de la habitación de Filomena estaba abierta y todo patas arriba (armario abierto, vestidos esparcidos por el suelo, cristales rotos, etc.). Llamó a Raffaele para que viniera, vistas las incidencias, y también a Filomena contándole lo observado en su habitación. Raffaele llegó primero y telefoneó a los carabinieri para denunciar el robo. Filomena llegó al poco. Y algo más tarde la policía. (El resto ya es más o menos conocido).

Como se ha apuntado, el tribunal desmontó pieza a pieza la historia narrada por los dos procesados apoyándose en una pila de indicios que avalaban la hipótesis inculpatoria. De ellos, destacaré unos cuantos, los más sustanciosos, pues no hay cupo para todos.

13 Al menos esa era la impresión que se destilaba del artículo de Conti & Savio (2012).

A. El ensangrentado sujetador de Meredith, hallado junto al cadáver, tenía en uno de sus tirantes rastros genéticos de Rudy. Y en un pedacito del sujetador (los corchetes para abrochárselo), cortado con un cuchillo, había ADN de Raffaele.

B. El señor Quintavalle, responsable de un supermercado próximo al domicilio de Raffaele, vio a una joven esperando a la apertura del establecimiento, en el cual entró nada más abrir (a las 7,45 de la mañana del día 2) y se dirigió a la sección de artículos de limpieza (aunque al testigo no le constaba si compró o no algo). Quintavalle reconoció a Amanda como la joven que entró en su negocio. Este dato induce a pensar en la urgencia de comprar productos de limpieza para algo.

C. El robo en la habitación de Filomena fue simulado (para desviar sospechas, seguramente) ya que -entre otros detalles (también importantes)- no faltaba nada en la habitación (ni joyas, ni el ordenador, ni se abrieron las cajas que había en el armario junto a las ropas, ni los cajoncitos de la mesilla de noche, etc.) y los cristales que cayeron dentro de la habitación estaban por lo general encima (no debajo) de los vestidos desparramados por el suelo (o sea, primero se esparcieron los vestidos y luego se rompieron los cristales). Por tanto, quien entró en la casa no lo hizo por la ventana sino por la puerta y con la llave (pues la cerradura no había sido forzada); y aquella noche sólo Amanda disponía de la llave (al margen, claro está, de la desdichada Meredith).

D. La aplicación de luminol (producto que se emplea para resaltar rastros -p.ej. de sangre- que no se perciben a primera vista) permitió detectar rastros de Amanda en su habitación, en la habitación de Filomena y en el pasillo; algunos de los cuales eran mixtos (de Amanda y Meredith), otros de Amanda sola y otro reconducible a Meredith. Las huellas mixtas estaban formadas con sangre de Meredith diluida en agua, lo que demostraría la presencia de Amanda en el momento de limpiar la casa de los rastros de sangre.

E. Varios comportamientos de Amanda y Raffaele llamaron la atención, como que se mantuvieran alejados cuando se iba a forzar la puerta (cerrada con llave) de la habitación de Meredith; o que cuando aguardaban en comisaría a prestar declaración junto a las amigas inglesas de Meredith, a éstas -impactadas por el trágico suceso- les extrañaran las actitudes relajadas de la pareja (besándose, haciéndose carantoñas, etc.); o que la pareja fuera de seguido a una tienda de lencería a comprarse un tanga mientras proferían comentarios picantes; o que durante la celebración del juicio bajaran la vista y no miraran a las imágenes que mostraban en qué estado se encontró el cadáver de Meredith; etcétera.

F. La acusación de Amanda contra Patrick por la violencia sexual y el homicidio de Meredith se reveló falsa cuando la policía interceptó una comunicación de

Amanda con su madre en la que aquélla le manifestaba sus remordimientos por haber mentido implicando a Patrick.

## 2.3. La reprimenda del tribunal de apelación

El tribunal de apelación confirmó la condena de Amanda por calumnias, pero absolvió a ella y a Raffaele de su participación en la muerte de Meredith, descalificando a los jueces de primera instancia por ni siquiera haberse planteado valorar los resultados probatorios según el criterio del “más allá de toda duda razonable” y haber condenado a la pareja en base a dudas, a probabilidades y hasta a meras conjeturas.

La arremetida crítica del tribunal de apelación se enmarca en un “discurso sobre el método” cuyos puntos más sobresalientes serían éstos: 1) Estamos ante un indiscutible caso de pruebas indiciarias. 2) La valoración de los indicios, según prescribe la ley procesal italiana, ha de ajustarse a los criterios de “precisión”, “gravedad” y “concordancia”. 3) No es legítimo tomar un atajo valorando la concordancia de los indicios sin antes haber valorado la precisión y la gravedad de cada uno de ellos. 4) Y los jueces de primera instancia han incurrido en esa inversión metodológica, no cayendo en la cuenta de que gran parte de los elementos de prueba que sustentan su reconstrucción de los hechos carecen de precisión ni, tampoco, que los indicios resultantes están desprovistos de gravedad. 5) Dadas todas estas carencias de los elementos indiciarios sobre los que el tribunal de primer grado ha basado su decisión, el tribunal de apelación se siente exonerado de proponer una hipótesis alternativa a la inculpatoria.

Y descendiendo a la arena del debate concreto, el tribunal de apelación rebate la valoración efectuada en primera instancia (en lo que toca a los indicios que antes he destacado) de la siguiente manera.

A. El tribunal de apelación ordenó una nueva pericia sobre pruebas ya valoradas en primera instancia (entre ellas el análisis del sujetador). Y sobre esa base, el tribunal admite que en el pedacito de sujetador existía un rastro con perfil reconducible a Raffaele, pero dada la escasa cantidad de ADN encontrado y el hecho de que fuera sometida a una sola amplificación ( y no a dos o incluso tres, como recomiendan los protocolos analíticos “estándar”) no hay garantías de que tal perfil resulte correcto (pues en una amplificación génica puede aparecer una característica y desaparecer en la siguiente y reaparecer en la tercera, o no aparecer en la primera y sí en la segunda)[14].

14 Sobre el particular, y escrito antes de que se pronunciara la Corte de casación, véase el artículo de Gennari & Piccinni, (2012).

B. Aun si fuera verdad que Amanda esperó, a primerísima hora, la apertura del supermercado, eso constituye un indicio demasiado débil. Pero es que, incluso, ese mismo dato es dudoso. Porque cuando Quintavalle fue interrogado por la policía, nada dijo de la muchacha que estuvo allí muy de mañana; se presentó ante la policía un año después, por sugerencia de un periodista, y dijo reconocerla por el azul de sus ojos y la palidez de su cutis; o sea, necesitó un año para convencerse de la exactitud de su percepción (sobre la que el propio testigo ya había manifestado a sus empleadas alguna duda). En conclusión, no puede admitirse la certeza póstuma del reconocimiento puesto que, cuando más vivo y genuino era el recuerdo en tanto que próximo al suceso, el testigo estaba dudoso.

C. El hecho de que no faltara nada en la habitación de Filomena no significa nada, ya que la inicial intención de robar pudo ser abandonada al precipitarse los acontecimientos. Y dentro de la habitación había cristales encima de los vestidos pero también los había debajo (como mostraron las imágenes tomadas por la policía).

D. El luminol no sólo resalta las manchas de sangre sino también de otras sustancias de uso común; de modo que atribuir a la sangre todas las improntas halladas es inadecuado en extremo. La presencia de pisadas de Amanda y Meredith puede deberse a que ambas vivían en la misma casa y es bastante habitual que la gente joven ande descalza sobre el pavimento.

E. En lo tocante a que Amanda y Raffaele permanecieron alejados de la puerta de Meredith cuando se procedía a derribarla o intercambiaron muestras de efusividad mientras estaban en comisaría o compraron prendas de lencería o no miraron la proyección de las imágenes del cadáver, no debe olvidarse que son innumerables los modos de reaccionar que tienen los humanos frente a sucesos trágicos.

F. La indicación en falso de la persona de Patrick (como el autor de la violación y muerte de Meredith) podía representar, para Amanda, el modo más breve y fácil de poner fin a una situación de tensión provocada por largos y presionantes interrogatorios. Es más, si Amanda hubiera visto quién mató a Meredith lo hubiera identificado correctamente. Si no dio el nombre correcto de esa persona, es que Amanda no la vio; por tanto Amanda no se encontraba en el lugar de los hechos.

## 2.4. La llamada al orden de la corte de casación

Como ya adelanté, la Corte de casación anuló la absolución del tribunal de apelación remitiendo el caso a otro tribunal de apelación distinto para un nuevo juicio.

El varapalo de la casación tiene también como preludio un discurso sobre el método que, como corre el riesgo de ser malinterpretado, merece al menos una pizca de atención.

Parecería que el reproche nuclear (no el único) que la Corte suprema formula contra la sentencia anulada es que "presenta *icto oculi* una valoración parcelada y atomista de los indicios, tomados en consideración uno a uno y descartados en su potencialidad demostrativa, olvidando la valoración que las piezas del mosaico indiciario asumen en la valoración sinérgica". Tal censura podría dar la impresión de que en todo este debate reverdece la vieja pugna entre "valoración individualizada" y "valoración conjunta" de las pruebas; es decir, así como el tribunal de apelación recriminaba al de primera instancia haberse enfrascado en la "convergencia" de los indicios (tarea asociada a la valoración conjunta), saltando por encima de la "precisión" y de la "gravedad" de cada uno de ellos (cometido de la valoración individualizada), resultaría que ahora la Corte de casación achaca al tribunal de apelación no haber trascendido de la valoración atomista. O sea, si el error de la primera instancia fue el de *pasar sin parar* (en la valoración individualizada), el de la apelación habría consistido en *parar sin pasar* (a la valoración conjunta).

Pero no es ésta la clave idónea para entender la puntillosa crítica de la Corte de casación. Diríase, más bien, que la casación acepta el envite del tribunal de apelación y lo reta en el mismo terreno que éste ha elegido. Tal propósito de la Corte de casación se bosqueja en otros pasajes de su sentencia en los que se alude a la necesidad de "tomar en consideración todas las informaciones relevantes", y también de examinar si, a la luz de todos los elementos disponibles, cabe reducir "los márgenes de ambigüedad inevitablemente asociados a cada uno de los indicios" ateniéndose -claro está- a los principios de "la no contradictoriedad y de la linealidad lógica del razonamiento". Como se verá, la casación afronta los específicos problemas de la "precisión" y de la "gravedad" de los indicios, tal como exigía el tribunal de apelación; pero lo hace valorando los indicios -sí individualmente- pero de una manera contextualizada (del mismo modo en que el sentido de una palabra depende del enunciado en el que aquélla se inserta).

Pasemos, sin más, al contranálisis de la casación relativo al circunscrito muestrario de pruebas que hemos delimitado (aunque eso nos obligue a prescindir de algunos datos, bien omitidos o bien usados selectivamente por el tribunal de apelación, cuyo rendimiento alcanza también al material que sigue a continuación).

A. En lo que respecta a los rastros genéticos hallados en el pedacito de sujetador, se recordará que el tribunal de apelación invocaba los protocolos y recomendaciones acerca de cómo proceder cuando es poca la cantidad de ADN disponible

(efectuando una doble o incluso triple amplificación de la muestra) y a los que no se ajustó la policía científica, con lo que la fiabilidad de la identificación quedaba en entredicho.

Sin embargo, la casación replica que uno de los peritos de la acusación (el prof. Novelli, de renombre mundial), aun reconociendo la existencia de tales protocolos, advertía que los aparatos utilizados hoy en día en los análisis de ADN habían experimentado notables avances en los últimos cuatro años; añadiendo que respecto de los alelos (presuntamente de Raffaele) localizados en el trocito de sujetador, y haciendo una estimación estadística, emergía una probabilidad de coincidencia de uno sobre una población de tres mil millones.

Así mismo -prosigue la casación- otra perito (la prof. Torricelli, que precisamente había participado como revisora en la elaboración de los protocolos mencionados por el tribunal de apelación) defendía que dichos protocolos admiten ser pasados por alto en función de la particularidad de cada caso; y que lo destacable en el pedacito de sujetador era la presencia del aplotipo. Y, muy claro en los 17 *loci* analizados y que, introduciéndolos en la banca de datos utilizada, no se había encontrado a nadie (excepto Raffaele) con el mismo aplotipo, mientras que introduciendo 11 *loci* -en lugar de los 17- resultaban 31 individuos con el mismo aplotipo.

Y todas estas observaciones con consistencia científica -concluye la casación- ni siquiera aparecen citadas en la sentencia de apelación; lo que evidencia una inaceptable incompletitud en la valoración de los resultados probatorios.

B. Sobre la presencia de Amanda, muy de mañana, en la puerta del supermercado, la casación concede que, comprar artículos de limpieza, de por sí no es indicativo de nada. Pero todo cambia si ese dato se pone en relación con otros datos (p.ej. de que en el piso donde Amanda vivía y del que sólo ella tenía la llave se había cometido un crimen, de que en el piso había un fuerte olor a cloro, de que parecía necesaria una limpieza urgente para la eliminación de rastros, etc.).

Además, la casación detecta que el tribunal de apelación tergiversó algunas informaciones. Decía este tribunal que Quintavalle dijo haber visto a Amanda con el rabillo del ojo. En realidad, dijo que la vio lateralmente según salía del supermercado, pero también que la tuvo de frente a menos de un metro y le llamó la atención el azul de sus ojos, su cutis blanquísimo y su expresión de mucho cansancio. En cuanto a reconocerla, aseguró estar convencido desde el primer momento de que era ella y así lo manifestó a empleadas del negocio (como confirmó una de ellas). No obstante, alcanzó la certeza absoluta cuando la volvió

a ver en persona pues en las fotos de los periódicos, en blanco y negro, no se apreciaba el color de sus ojos. Y si no contó nada a la policía en los momentos inmediatamente posteriores fue porque sólo fue preguntado sobre Raffaele.

C. En contra de que la rotura de los cristales y el desorden en la habitación de Filomena era un montaje de Amanda y Raffaele con el objeto de despistar, el tribunal de apelación manejaba la hipótesis de que Rudy entró efectivamente por la ventana para robar y al ser descubierto por Meredith todo acabó como ya se sabe.

   Al margen de la riada de objeciones que opone la Casación para mostrar la inverosimilitud de esa hipótesis, el punto más decisivo de la discrepancia entre apelación y casación está propiciado por la ubicación de los pedazos de cristal. ¿Estaban encima o debajo de los vestidos desparramados por el suelo? El tribunal de apelación admite que había cristales encima pero subraya que también los había debajo (según reflejan las imágenes tomadas por la policía). La Corte de casación considera inexplicado que hubiera cristales encima de las ropas y puede explicar por qué los había debajo (Filomena, alertada por Amanda de que alguien había entrado en su habitación, acudió al piso antes de que llegara la policía y removió algunas prendas y objetos esparcidos por el suelo para comprobar si faltaba algo; una vez la policía en casa y encontrándose con la macabra escena tras forzar la puerta de Meredith, ordenó a todos los presentes salir del piso, incluida Filomena que en ese momento se hallaba en su habitación; habitación de la que, después, la policía tomó imágenes).

D. En lo que concierne a las pisadas mixtas de Amanda y Meredith (o a las de cada una de ellas por separado) que resaltó el luminol, la hipótesis del tribunal de apelación (en el sentido de que la gente joven acostumbra a deambular por la casa con los pies descalzos) exhibe un rigor lógico deficitario -estima la casación-. Si fueran huellas de otras veces, no es verosímil que Meredith hubiera caminado por el piso con los pies manchados de sangre. Y se da, además, la singular coincidencia de que en todos los rastros con sangre de la víctima aparece también el ADN de Amanda.

E. El tribunal de apelación había despachado determinados comportamientos de Amanda y Raffaele (que suscitaban extrañeza) argumentando que los humanos reaccionan muy distintamente ante acontecimientos tan trágicos como el del caso. Pero el citado tribunal eludió afrontar un par de ellos -le recrimina la casación-.

   Amanda no presenció la irrupción de la policía en la habitación de Meredith (pues junto con Raffaele se habían ido a la sala de estar y no vieron nada). Así

lo confirmó también en el juicio un policía que participó en el descubrimiento del cadáver; y así lo reconoció la propia Amanda al declarar en sede judicial. Sin embargo, a las pocas horas del hallazgo del cadáver, Amanda comentó a las amigas inglesas de Meredith que ella había encontrado el cuerpo y les proporcionó algunos detalles, como que éste estaba junto al armario, cubierto con una colcha de la que sobresalía un pie, que tenía la garganta cortada y que había sangre por toda la habitación. La pluralidad y exactitud de los detalles ofrecidos a las amigas de Meredith son potencialmente demostrativos de un conocimiento antecedente a la intervención de la policía y, sin embargo -apunta la casación-, eso no fue tomado en consideración por el tribunal de apelación, ni éste dio razón alguna de por qué –si así era- lo estimaba irrelevante.

Otra omisión del tribunal de apelación. Amanda llamó a su madre tres veces al mediodía del día 2 (antes del descubrimiento del cadáver), cuando en América eran las tres y pico de la madrugada. A la pregunta de su madre de por qué había llamado a esas horas, Amanda respondió que para saber "si *todavía* no había ocurrido nada"; es decir -observa la Corte de casación- Amanda manifestaba inquietud por algo que, de haber sido ajena a lo acontecido, no tendría por qué esperar. E interrogada más tarde sobre ese particular, no supo dar ninguna razón, reconociendo que su comportamiento había sido extraño y no sabía qué pensar sobre el mismo.

F. El tribunal de apelación interpretó la calumnia contra Patrick como una manera de acabar con la presión psicológica del interrogatorio mediante una mentira; añadiendo que si Amanda hubiera presenciado la muerte de Meredith, habría identificado correctamente al homicida, y si no lo hizo es porque no se encontraba en el lugar de los hechos[15].

En lo que atañe a lo primero, la casación replica que Amanda, aunque joven, poseía un nivel cultural adecuado y provenía de un país en el que la legislación penaliza acusar gratuitamente a una persona. Añádase -continúa la casación- que horas después del interrogatorio y sin ninguna presión, Amanda solicitó papel a la policía y redactó un "memorial" en el que reafirmaba la calumnia contra Patrick. Además, en días sucesivos, tuvo la oportunidad de señalar a los investigadores la falsedad de la pista que les había proporcionado, y no lo hizo.

15 Curiosamente, el tribunal de apelación se desentendió del contenido de la conversación entre Amanda y su madre, grabada por la policía, la cual sirvió para descubrir la calumnia. En aquélla, Amanda se mostraba arrepentida porque (*sabía* que) Patrick no estaba en el escenario del crimen (dijo que Patrick no estaba), no por haberlo inculpado a la ligera, *sin saber* si estuvo o no allí. Lo cual, y de conformidad con la propia lógica del tribunal de apelación, indicaría que Amanda, para poder afirmar lo que dijo, sí estuvo presente en el lugar de los hechos.

Permanecer en tal actitud delictiva (descubierta por la interceptación de una conversación mantenida con su madre) no se presta a ser interpretada como respuesta a un estado de necesidad y a la falta de salidas alternativas. Por tanto, es manifiestamente ilógico -subraya la casación- rebajar este importante dato a la categoría de un detalle insignificante en la reconstrucción del crimen.

Y en lo que respecta a lo segundo, la casación mantiene que aún es más ilógico afirmar que si Amanda no señaló al verdadero homicida es porque no estaba en el lugar de los hechos. O sea, el tribunal de apelación daba por demostrado lo que debía demostrarse (ya que la hipótesis a combatir era que si Amanda mintió quizás alguna relación tenía con el crimen). Y de ese modo, el tribunal de apelación pasó por alto toda posible conexión de la calumnia con el homicidio, no cuestionándose sobre cuál pudo ser la finalidad perseguida con la declaración falsa.

## 2.5. Algunas enseñanzas a extraer

Un nuevo episodio judicial prolonga la historia del caso. El segundo tribunal de apelación (de Florencia, en esta ocasión) ha vuelto a condenar a la pareja Amanda-Raffaele por su implicación en la muerte de Meredith, en sentencia cuya motivación aún no se ha difundido públicamente (y, por tanto, no la he podido tomar en consideración). Vendrá, luego, una nueva resolución de la Corte de Casación, instancia que examinará el recurso de la defensa contra la condena. Es decir, hay recorrido todavía.

Pero, aun así, sin necesidad de esperar a la información venidera (puesto que el caso no interesaba por sí mismo sino como ilustración), estamos en situación de obtener ya unas definitivas y nada insípidas enseñanzas.

A. La primera consiste en constatar, y a eso íbamos, la rentabilidad que ofrece el minucioso repaso por los materiales (de distinta naturaleza) que componen el cuadro probatorio en orden a debatir sensatamente si ha lugar o no a una duda razonable. En el examen del caso, se ha comprobado la útil clarificación que proporciona: 1) analizar la fiabilidad y la completitud de los *elementos de prueba* (p.ej. si era o no suficiente la cantidad de los rastros genéticos hallados en el sujetador de Meredith; si el testigo Quintavalle vió de refilón o muy de cerca a la muchacha que adquirió artículos de limpieza en el supermercado y si la reconoció con total seguridad o tuvo alguna duda al respecto; si los cristales rotos estaban encima y/o debajo de los vestidos esparcidos por el suelo en la habitación de Filomena; etc.); 2) determinar si están debidamente probados o no los *indicios* (datos indiciantes) (p.ej. si el desorden en la habitación de Filomena denotaba la simulación de un robo o más bien un robo fallido; si los rastros

genéticos mixtos en algunas pisadas sobre el pavimento de la casa se debían a una mera coincidencia o a presurosas labores de limpieza tras la muerte de Meredith; etc.); y 3) evaluar el fundamento empírico de las *inferencias* (máximas de experiencia) que relacionan los indicios (datos indiciantes) con el hecho a probar (hecho indiciado) (p.ej. si personarse a primerísima hora en un supermercado para comprar artículos de limpieza tiene poco o mucho que ver con el crimen acontecido esa misma noche; si los inhabituales comportamientos de la pareja tras el crimen denotan algo sospechoso o son modos de evadirse ante un suceso trágico; si la acusación calumniosa de Amanda es explicable como recurso para poner fin a un interrogatorio duro e intenso o más bien como estrategia despistante para no ser implicada en la investigación criminal; etc.).

B. El caso comentado nos regala otra lección que, pese a no ser buscada, buena falta nos hacía. En efecto, con insistencia suele pregonarse que la absolución en caso de duda no requiere motivación (ni tolera control, entiendo) y exigirla constituye un dislate en el Estado de Derecho pues ello supondría la carga de probar la inocencia. Y no es eso. Parece olvidarse que si el "más allá de toda duda razonable" es un estándar probatorio; éste fija el límite por encima del cual una condena es legítima y por debajo del cual es ilegítima; y a la inversa: un límite por encima del cual la absolución es ilegítima y por debajo del cual es legítima. Por ello, el control conforme al parámetro del estándar mencionado sería universalizable; es decir, de obligada aplicación ante sentencias de cualquier tipo (tanto condenatorias como absolutorias), según ejemplifica a la perfección la muestra italiana utilizada.

C. Un paso más. El criterio de la "duda razonable" no sólo alcanza a cualquier sentencia penal sea del signo que sea (condena o absolución) sino su vigencia se extiende también a cualquier grado de la jurisdicción penal. No obstante, el susodicho control adquiere modalidades distintas en apelación y en casación respectivamente. O se examina si la duda está fundada una vez analizadas las pruebas (apelación) o se controla la suficiencia y logicidad de la motivación (casación). En el primer supuesto, se *valoran* las *pruebas* (control directo); en el segundo, se controla la *justificación* de la *valoración* (control indirecto a través de la motivación). Pero siempre con la vista puesta en el estándar de la "duda razonable".

En resumen: tomar en serio la "duda razonable" implica al menos estas tres cosas: 1) una rigurosa aplicación, debidamente motivada, del mencionado estándar; 2) su pertinencia en el control de las resoluciones tanto condenatorias como absolutorias; 3) su vigencia en cualquier instancia del entero orden penal.

# Bibliografía

Allen, R. J. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En Vázquez, C. (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.

Battaglio, S. (1995), “‘Indizio’ e ‘prova indiziaria’ nel processo penale”. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2), 375-436.

Canzio, G., (2007). “Prefazione” a la traducción italiana del libro de Dershowitz. A. M. *Dubbi regionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso di O. J. Simpson*, Milano: Giuffrè.

Carnevali, R. & Castillo Val, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et Praxis*, (2), 77-118.

Conti, C., (2012). Ragionevole dubbio e ´scienza delle prove´: la peculiariarità dell´esperienza italiana rispetto ai sistemi di *common law*. En Montagna, M. *L´assassinio di Meredith Kercher*. *Anatomia del processo di Perugia*. Roma: Aracne.

Conti, C. & Savio, E. (2012). La sentenza d´appello nel processo di Perugia: la ‘scienza del dubbio’ nella falsificazione delle ipotesi. *Diritto penale e processo*, (5), 575-593.

Corso, L. (2008), *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, Torino: Giappichelli.

Etcheberry, A. (2011). “¿Una duda razonable?”. Diario *El Mercurio*, 28-01.

Ferrua, P. (2014). Quattro fallacie in tema di prova. *Processo penale e giustizia*, (1), 1-10-

Gennari, G. & Piccinni, A. (2012). Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza. *Diritto penale e processo*, 18 (3), 359-366.

Iacoviello, F. M. (2000). Motivazione della sentenza penale (controllo della). *Enciclopedia del diritto (Aggiornamento IV),* Milano: Giuffrè.

Iacoviello, F. M. (2013). *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*. Milano: Giuffrè.

Igartua, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa*, (28), 141-150.

Lanza, L. (2011). “Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale”, *Criminalia*, 6, 365-376.

Laudan, L. (2005a). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*, (28), 95-113.

Laudan, L.(2005b). Una breve réplica. *Doxa*, (28), 151-155.

Laudan, L. (2011). ¿Es razonable la duda razonable?. En: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.

Mazza, O. (2012). Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione. *Criminalia*, (7), 357-371.

Nieva, J. (2013). *La duda en el proceso penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.

Ruggieri, F. (2012). La circolazione di "libero convincimento e giuria" all'epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato. *Criminalia*, (7), 229-257.

Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan. *Doxa*, (28), 115-126.

Taruffo, M. (2009a). Fatto, prova e verità (alla luce dell´oltre ragionevole dubio). *Criminalia*, (4), 305-329.

Taruffo, M. (2009b). *Páginas sobre la justicia civil*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

Verrina, G. L. (2012). La sentenza di assoluzione in apello. Ragioni epistemologiche e profili processuali. En Montagna, M. *L´assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*. Roma: Aracne.

Zaza, C. (2008). *Il ragionevole dubbio nella lógica della prova penale*. Milano: Giuffrè.

# La verdad: entre la validez y las prácticas sociales en la ciencia y el derecho

## Truth: Between Validity And Social Practices In Science And Law

*Yeison Manco López*[1]
*Universidad de Antioquia*
*Colombia*

## Resumen

En el presente texto se tratará de dar cuenta de una discusión soslayada sobre las relaciones que se tienden entre la verdad y los conceptos de validez y de prácticas sociales en el derecho y la ciencia; ello, para efectos de indagar sobre cuál es la relevancia concreta de los mismos para el saber jurídico. El texto se divide en tres partes: la primera de ellas pretende desentrañar algunas preguntas frente al derecho y

1 Docente del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia). Candidato a Magíster en Derecho. Miembro del Grupo de investigación "Estado de Derecho y Justicias -EDJ-" adscrito al Centro de Investigaciones de la misma Facultad. El presente texto es un producto parcial de la investigación titulada "La prueba pericial: El sistema de valoración en el proceso penal colombiano", inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación —CODI— de la Universidad de Antioquia, en el que su autor participa en calidad de coinvestigador. E-mail: yeison.mancol@udea.edu.co

a la dogmática jurídica, que presenta Hans Albert desde el realismo jurídico; la segunda se ocupará del problema sobre la pluralidad o univocidad del concepto de verdad, básicamente, a partir de la exposición de la propuesta de verdad, entendida como correspondencia semántica en Alfred Tarski, y la crítica al relativismo de la verdad formulada por Susan Haack; por último, se hará referencia a la relación entre los conceptos de verdad y comprensión propuesta por Hans-Georg Gadamer, así como a la posibilidad de establecer diálogos entre sociología del conocimiento y derecho.

**Palabras clave:** Verdad, validez, prácticas sociales, comprensión.

## Abstract

This text is an attempt to give an account of the discussion on the connections between truth, validity and social practices in law and science and its relevance in the field of legal theory. The paper is divided in three parts: the first aims to clarify some questions about legal theory, presented by Hans Albert; the second part is focused on the issue of the ambiguity or certainty of the definition of truth, from the theory of Alfred Tarski and the critical approach to relativism stated by Susan Haack; the third part analyzes the relation between truth and comprehension, as developed by Hans-Georg Gadamer, as well as the possibility of establishing connections between epistemology and legal knowledge.

**Key Words:** Truth, validity, social practices, comprehension.

# 1. Derecho, dogmática y verdad: un debate postergado

Del derecho se ha dicho que es poder, justicia, autoridad, cultura o lenguaje. Apenas de manera intuitiva podría decirse que el derecho no es exclusivamente ninguna de las anteriores; lo que sí puede afirmarse con absoluta seguridad es que en el ámbito del conocimiento jurídico, la dogmática ha tenido un papel protagónico, en especial aquella que ha hecho del análisis sobre la norma vigente el único estudio jurídico posible o, para no exagerar, deseable.

Es a este tipo de dogmática a la que Hans Albert se refiere en su libro *La ciencia del derecho como ciencia real*. Albert nos llama la atención sobre eso otro que queda afuera del estudio tradicional interpretativo de las normas; se pregunta por el mundo que hay afuera del espacio normativo, y por el tipo de relación que existe entre normas y mundo real.

La pregunta de Albert es interesante porque es un primer llamado de atención frente a lo que podríamos llamar, una dogmática muy dogmática. Con ello nos referimos a la dogmática que, al parecer y por momentos, tiende a absorber todo el saber jurídico y a impedir que los juristas vean más allá de su propia nariz de abogados.

Este tipo de dogmática, al menos en parte, ha tendido a reducir el objeto de estudio del derecho, es decir, su objeto de conocimiento y, para más sorpresa, hoy los únicos dogmáticos no serían los dogmáticos jurídicos, sino también, ciertos teóricos y sociólogos del derecho, que una vez encuentran campo para estudiar esta disciplina desde otro punto de vista, tratan de evitar que se multipliquen tales riquezas.

A este tipo de dogmáticas, Minor Salas, en el estudio introductorio al libro de Albert, les atribuye el logro de crear vasallajes en el derecho. Tales vasallajes se limitan a decir que el derecho es $x$ o $y$, pero jamás $a$, o que siendo $a$, esta es una posición reduccionista en tanto quienes la sostienen no reconocen nada distinto de $a$. Los vasallos, son capaces de sostener con frecuencia bizantinas discusiones, a veces durante décadas, tal es el caso de los límites metafísicos entre el dolo eventual y la imprudencia con representación, entre el funcionalismo radical y el funcionalismo moderado —en particular cuando procuran descubrir en el otro la intrínseca maldad de ambos —, entre iusnaturalistas y positivistas, entre positivistas y realistas, entre críticos de obviedades y positivistas imaginarios, reservando, eso sí, un cómodo lugar para el nuevo derecho y el pospositivismo, lo que quiera que sean estos últimos.

De lo dicho interesa identificar una situación que puede ser problemática, esta es, ¿hasta dónde el predominio de ese cierto tipo de dogmática y de posiciones dogmáticas, ha impedido que se puedan apreciar mejor algunas discusiones importantes para el derecho?

El libro de Albert se acerca al problema. Para empezar, el estudio preliminar de Salas nos dice que del derecho no puede decirse que sea solo poder, o solo justicia o racionalidad, y por otro lado, que la disputa entre el positivismo y el realismo obedece a dos visiones del mundo sobre aquél (2007, p. 8-9).

Dicha pregunta por el poder, la justicia y la racionalidad, no es aquí, en realidad, una pregunta por lo que es el derecho, sino por cuáles son sus problemas; en este sentido, lo que dice Salas permite concluir que tanto el poder, como la justicia y la racionalidad le incumben al derecho.

¿Le incumben de la misma forma? La respuesta es negativa. Cuando Salas dice que "la disputa entre el positivismo y el realismo obedece a dos visiones del mundo sobre el derecho", quizá quiere decir que ambos se ocupan de problemas, que a pesar de que a menudo sean los mismos, se representan de distintas formas.

Pues bien, ¿sería este solo un asunto de representación?, ¿un problema de disparidad en las visiones del mundo? Para dar respuesta a ello habrá que adelantar una conjetura en el sentido de que el asunto va más allá de las visiones del mundo, que la dificultad no radica en cómo me represento el derecho, sino en cómo conozco el derecho, en la manera en que tratamos de comprenderlo por medio de diferentes herramientas de las que nos dota el lenguaje y que sirven para dar cuenta de las formas en que este procede.

Para Albert, el derecho es un hecho social (2007, p. 67). Tal vez dicha afirmación pueda mostrarnos el origen de algunas de las viejas discusiones. Para el derecho, y con seguridad no sólo para este, ha sido absolutamente traumática la discusión sobre la primacía de los hechos sobre las normas, del mundo sobre la palabra.

Y justo allí se encuentra el valor de lo que dice Albert, porque aclara que tratar de entender el derecho como un hecho social no implica negar que sea también un lenguaje y un sistema de normas. Este autor denuncia que el derecho, como disciplina dogmática, renuncia a la idea de verdad y prescinde del estudio de los efectos reales perseguidos por las normas.

Pero ¿en qué sentido habla Albert de dogmática? El autor se refiere al tipo de dogmática que se ocupará del derecho exclusivamente como sistema de normas de

las que se debe desentrañar su sentido. Dicho ejercicio será un ejercicio ajeno a la realidad, y de manera especial, a la contaminación de la realidad social (2007, p.45).

Así, Albert permite entender el porqué cualquier apelativo a esta última es calificado, con frecuencia, como falacia naturalista, y por qué, en vía contraria, no logra apreciarse dicho ascetismo normativo como lo que es, una falacia ontológica.

Una de las ideas centrales de su texto es que sin las categorías de verdad y efecto de la norma, el derecho degenera en platonismo (2007, p. 16). En consecuencia, al derecho no le importaría hacer juicios de verdad con referencia al mundo, ni estudiar los efectos de la norma en este, mucho menos, el cómo se construyen las decisiones judiciales en tanto allí solo existe el puro arbitrio.

No quiere decir ello que Albert se ubique en la orilla contraria, al lado de quienes reducen el derecho a la dinámica del poder; no quiere decir que el derecho no tenga cierto tipo de racionalidad, o racionalidades, o que la aspiración de construir un cuerpo más o menos definido y coherente de normas le tenga sin cuidado.

Para el autor, a pesar de que las normas puedan ser estudiadas de forma analítica o hermenéutica, lo determinante es que ellas están destinadas a surtir efectos en una realidad histórica concreta. El derecho es así una actividad humana, de tipo cultural, que trata de resolver problemas con relevancia cultural entre los cuales se encuentran el control social y los conflictos (2007, pp. 19-34).

Sobre la evaluación y previsión de estos efectos es que Albert levanta su concepto de tecnología, y por tecnología entiende, una forma de analizar las "distintas posibilidades de acción, obtenidas estas, a su vez, de otros enunciados que versan sobre correlaciones reales o causales"; son, en consecuencia, enunciados de posibilidades con fundamento en la realidad o en la causalidad (2007, p. 20).

La tarea de la tecnología recae sobre la eficiencia de las normas en el mundo social; su fin es identificar y seleccionar las mejores o más eficientes normas y, para que ello sea posible, es necesario liberar los problemas normativos de los juicios de valor. De tal modo, el concepto de tecnología será útil porque logrará una especie de objetivación de la norma (pp. 2007, 61-64).

Según Albert, la jurisprudencia es la ciencia del derecho, y la ciencia real del derecho se encarga de analizarlo como un hecho social haciendo uso del concepto de tecnología (2007, pp. 67-69).

Los enunciados tecnológicos serían aquellos que señalan diversas posibilidades de acción y, en consecuencia, el derecho va a importar por lo que se puede hacer con él sobre el orden social (2007, p. 75).

Por el contrario, la jurisprudencia pura carece de cualquier relación con los hechos de la vida social y se limita a realizar una actividad meramente hermenéutica, es decir, a establecer relaciones interpretativas y jerarquías entre normas. Este teórico critica que, incluso, se llegue a creer que las normas tienen un tipo especial de existencia fuera de la realidad social, y que, con base en esto, se haga del derecho una disciplina descriptiva. Para él, esto implica una contrariedad porque termina por hacer de la ciencia jurídica algo en exclusiva descriptivo, cuando en la realidad, los enunciados normativos son también prescriptivos y pretenden llevar su influencia a la realidad social (2007, pp. 78-89).

Aquí viene otro de los puntos interesantes abordados por el autor: él reflexiona sobre el método que debe aplicarse para el estudio del derecho, y critica tanto la mayoritaria inclinación hermenéutica de este, como el trasplante de algunos métodos sociológicos que pretenden medir ciertos aspectos del derecho. Termina por no desdeñar ninguno de los dos, aunque rechaza, eso sí, la posibilidad de que exista una neutralidad valorativa (2007, p. 42).

En sus planteamientos se encuentra la crítica por el afán de imponer al derecho el ideal de las ciencias exactas, sin considerar que sus necesidades y fines son absolutamente distintos, —reflexión bastante difícil para la racionalidad moderna que entiende todo solo a través de la técnica y el instrumento—.

En Albert, el derecho, o en sus términos, la ciencia jurídica, no debe abandonar el interés por el conocimiento práctico y por la verdad. En consecuencia, solo existe una ciencia que puede tener en cuenta los aspectos de la vigencia de las normas y el acontecer social, que puede ocuparse del conocimiento práctico y la verdad, y esta es la sociología del derecho.

En términos de Albert, la sociología del derecho sería la ciencia real del derecho en sentido estricto, diferente a la jurisprudencia, que se encargaría, con exclusividad, de preparar el terreno para tomar decisiones concretas. La sociología del derecho logra, entonces, según él, dar cuenta de los fenómenos jurídicos "por medio de hipótesis que explican el orden social y en cuyo núcleo se encuentra el derecho" (2007, p. 74).

El método comprensivo sería el adecuado para tales fines, y no implicaría una renuncia al carácter explicativo de la ciencia. No obstante, Albert no entra en detalles respecto del "método comprensivo", y se enfoca en desarrollar su propuesta de jurisprudencia tecnológica.

En el texto son varios los problemas que el autor enuncia, pero que quedan para trabajar en un futuro, o que apenas toca de manera marginal. Sin embargo, ello no demerita la validez de las preguntas que se hace frente al derecho.

Por ello se observa que al margen de encontrarse de acuerdo con Albert, la idea interesante que plantea es que el derecho no se agota en el sistema de normas, que debe existir alguna relación entre normas y mundo social, y que para el derecho son necesarias las reflexiones acerca de este y de la verdad.

Del mismo modo, el trabajo de tal autor es importante porque advierte que el papel de la hermenéutica no se agota en establecer el sentido de la norma, sino que también debe tener en cuenta los efectos reales que se quieren alcanzar con ella en la vida social (2007, p.101).

Para Albert, la racionalidad implica tratar de domesticar el poder, y el derecho occidental pretende, trata y logra domesticarlo (2007, p. 38); según él, la razón y la comprensión implican la no renuncia al carácter explicativo de la ciencia.

Ello, lleva a la pregunta por las implicaciones de ese carácter explicativo que el autor reivindica.

A nuestro juicio, explicar es dar razones, establecer relaciones causales con miras a predecir, manipular y elaborar juicios fundados. La explicación guarda cierta apariencia de objetividad y distancia entre quien conoce y lo que es conocido; la explicación pretende universalidad, aceptación e integridad en la elaboración del juicio. De allí que no se puedan establecer distinciones entre *comprender* y *explicar*, en la propuesta de Albert.

La pregunta a la que lleva su texto, tal vez sin que él mismo fuera muy consciente de ello, es la de ¿cómo comprender —explicar— un mundo que le incumbe al derecho, pero que escapa del ámbito de la validez de las disciplinas científicas y del derecho mismo? ¿Un mundo que se escapa en sus agentes, en sus contextos, prácticas y demás?

Albert fracasa en estas cuestiones, toda vez que, aunque acoge un punto de vista comprensivo, confunde la comprensión con la explicación, y termina por desandar el camino en el que ya había avanzado su crítica.

Así las cosas, es necesario hallar un referente al que se pueda acudir para sortear los escollos que acaban de mencionarse, y dicho referente es, en efecto, el estudio comprensivo, aunque, como se verá, no es desde la comprensión explicativa como lo pretende Albert.

## 2. Verdad o verdades

Existe otra discusión sobre la verdad con relevancia para el derecho, esta tiene que ver con la posibilidad de que exista, o no, un concepto único de verdad con contenidos ya definidos. Para el derecho es importante tener dicha claridad en tanto requiere sustentar con ello cierta legitimidad y seguridad de su acción.

La teoría más influyente sobre la verdad en el entorno o cultura jurídica a la que pertenece Colombia, es sin duda alguna la de Alfred Tarski —gracias a la recepción y la gran influencia de la obra de Luigi Ferrajoli-. En el caso de Tarski, lo verdadero sólo puede habitar en el lenguaje, en las oraciones, nunca en las cosas como lo sostuvo el objetivismo de las ciencias naturales. En ese sentido, lo verdadero es una propiedad de las oraciones, no una esencia de las cosas.

Para iniciar el autor se pregunta por la extensión y el significado del término verdadero. En cuanto a su extensión destaca tres formas de su uso: como juicio o creencia, como expresión lingüística, y como ente ideal o proposición. Tarski retoma el uso del término verdadero como parte de las oraciones enunciativas, es decir, como expresión lingüística presente en una oración. No obstante, con el fin de que este criterio sea suficiente, precisa que debe ser relacionado con el lenguaje específico[2] del que se habla.

Para este autor, la semántica puede realizar un gran aporte para eliminar los equívocos del término, en la medida en que hace que la palabra "verdadero", denote o exprese una propiedad de las oraciones (Tarski, 1972. p. 71).

De tal manera, el primer paso a seguir es establecer inequívocamente los contenidos de los términos a utilizar en un lenguaje, especificar aquellos que se mantendrán indefinidos, incorporar las reglas de definición por medio de las cuales se incluirán nuevos términos, y determinar las oraciones (Tarski, 1972, p. 20).

Esto es así por cuanto el lenguaje cotidiano imposibilita la exactitud requerida para predicar lo verdadero de algo. Por consiguiente, puede hablarse de varios tipos de lenguaje, entre los que se encuentran los lenguajes cotidiano, formalizado y el de estructura especificada.

2 Al hablar de lenguaje específico, Tarski no se refiere solo a un lenguaje particular, sino a un lenguaje especificado en sus términos.

Para el autor, hay una diferencia entre los lenguajes formalizados y los lenguajes especificados. Los primeros son lenguajes semánticamente cerrados, que se bastan solos y que, por ser autorreferenciales, a menudo terminan satisfaciendo suposiciones contradictorias, al ser usados con relación a la concepción de la verdad como correspondencia; los lenguajes especificados, tendrán la propiedad de superar la ambigüedad del lenguaje cotidiano, para delimitar el uso de los términos y permitir que el predicado verdadero se saque de las oraciones y no de las cosas en sí; en dichos lenguajes, los teoremas no son las únicas oraciones posibles (Tarski, 1972, pp. 21-26).

En suma, Tarski considera mucho más acertado acoger los lenguajes semánticamente especificados, que los semánticamente cerrados. Como alternativa, este autor plantea la creación de un lenguaje-objeto y un meta-lenguaje que sirvan para estudiar ese lenguaje-objeto, que lo contenga y establezca su contenido de verdad (Tarski, 1972, p. 26).

Así, el problema de la verdad es un problema de definición, en tanto el meta-lenguaje, como lenguaje más rico, preciso y lógico que el lenguaje objeto, permite establecer la verdad de una oración con base en lo que ha sido semánticamente definido como verdad por dicho meta-lenguaje.

Esta concepción de verdad es una suerte de concepción relacional que verifica que la verdad cumpla con los requisitos que la han definido como tal, semánticamente.

Para dicho teórico, la construcción de la definición de *verdad* se da a partir de la definición semántica del término *satisfacción*. Este término se encarga de especificar los objetos y condiciones que satisfacen las funciones proposicionales, de manera que no se puede establecer la verdad de una cosa, pero sí la satisfacción de esta con relación a la función proposicional. Así, una oración es verdadera si es satisfecha por todos los objetos y falsa en caso contrario (Tarski, 1972, pp. 33-34). Para Susan Haack está claro que existe un concepto único de *verdad* (citada en Frápolli & Nicolás, 2012, p. 589).

No obstante, cada autor llenará de distintos contenidos tal concepto; este es el caso del mismo Tarski cuando habla de la *verdad* en términos semánticos, y abandona la idea de la correspondencia absoluta. O del neo-pragmatismo, que optará por desechar la idea de verdad para defender la historicidad y el carácter cultural de la misma; o, con otra orientación, la propuesta de la epistemología social, que hablará de la verdad como un concepto mediado por diversas circunstancias sociales en la producción del conocimiento.

Haack, critica el relativismo de la verdad y desvela una confusión que a su juicio lleva a serias dificultades a los relativistas. Para ello parte de la distinción entre el concepto de verdad en sí mismo y la heterogeneidad de proposiciones verdaderas (ciatada en Frápolli & Nicolás, 2012, p.591).

Según ella, dicha relatividad es producto de la mala apreciación de ciertas variaciones en los juicios de verdad, que terminan por atribuirse a la existencia de diversas teorías explicativas sobre esta, o bien, a la diferencia de tiempos o de culturas al momento de decir que algo es verdadero o falso.

Tal error lleva, entonces, a que los cambios de teorías, culturas o tiempos históricos impliquen el cambio de ciertos conocimientos considerados como verdaderos, y a derivar de allí una supuesta relatividad de la verdad en sí misma.

La filosofa inglesa disiente de las posiciones que caen en dicho error, y advierte que el hecho de poder predicar la verdad de algunas proposiciones, para luego decir que son falsas a la luz de nuevos conocimientos, no quiere decir que la verdad en sí misma sea un concepto relativo, sino que el primer juicio se encontraba errado, y que luego se le pudo corregir. Asimismo, señala que existen ciertas proposiciones cuyo carácter de verdaderas involucra circunstancias culturales o temporales; piénsese, por ejemplo, en las normas jurídicas, lo cual revela que el problema de la relatividad se aloja en las proposiciones mismas y no en el concepto de verdad (Frápolli & Nicolás, 2012, pp. 594-595).

La ciencia, para Haack, no es algo distinto a una iniciativa de investigadores que pretende encontrar respuestas verdaderas a los problemas que investiga (Frápolli & Nicolás, 2012, p. 603). El hecho de que ciertas proposiciones puedan calificarse como verdaderas o falsas, según el contexto histórico o cultural, se debe a que los contenidos de la proposición apelan a dichas realidades, no a que el concepto de verdad sea relativo a la historia y a la cultura, o a que la ciencia haya llegado a un punto de agotamiento que le impida conocer.

De allí deriva Haack la fragilidad de las posiciones relativistas y pragmatistas de la verdad, las cuales, al parecer, nos empujan hacia la comodidad del escepticismo.

Como se notará, hasta este punto la discusión sobre la verdad gravita alrededor del problema del juicio verdadero, y alrededor de cuáles deberían ser los contenidos del concepto de verdad; bástenos decir, por ahora, que al parecer el concepto de verdad efectivamente puede tener diversos contenidos, y que ello implica cuestionar la tesis de la univocidad o exclusividad.

## 3. Verdad y comprensión

Como se dijo, la explicación encarna la necesidad de dar razones de peso, respaldadas por la solidez del juicio científico, por la validez de las disciplinas científicas, o bien, por razones epistémicamente justificadas.

Todos ellos son propósitos importantes y necesarios; lo que ocurre es que este afán por establecer relaciones explicativas desemboca de nuevo en el problema que trae la justificación o la necesidad de justificar, este es, la necesidad imperiosa de encontrar una especie de metro, una unidad de medida para la verdad y, acto seguido, la decepción por no encontrarlo.

Lo que aquí se plantea es que antes de enfocarse en ello, antes de continuar hacia las profundidades de las teorías semánticas de la verdad, al fundacionalismo, el coherentismo, el fundherentismo o la virtud epistémica, debería abordarse otra distinción que a lo mejor puede ser más urgente y clarificante para el derecho: esta es la distinción entre *verdad* y *justificación.*

Justificar es hacer de nuestras explicaciones, explicaciones válidas, o mejor, explicaciones válidas para otros, o para todos, como se prefiera; no obstante, aquí se quiere preguntar por aquel mundo para el cual nunca son suficientes las justificaciones.

Ello no es escepticismo, ya que el hecho de decir que la justificación o justificaciones tienen ciertos límites, no quiere significar que deban ser abandonadas.

En realidad, lo que se pretende es dejar a un lado el afán de la explicación para abrirse a otras posibilidades, olvidar, solo por un momento, la justificación epistémica, para pasar a preguntarse por la verdad en el derecho: ¿Cuál es el valor de la verdad para el derecho? ¿Por qué al derecho debería interesarle discutir sobre la verdad?

La inquietud por la verdad se ha guiado por las ansias de respuestas y de juicios sobre los hallazgos. Con regularidad, tal búsqueda siempre termina con un “es verdadero que” o “es falso que”, como si ello fuera lo único que pudiera decirse sobre la verdad.

En este sentido, la pregunta por la verdad es una pregunta destinada a morir y a perder toda su potencia, en tanto se ve reducida a la forma adecuada de emitir un juicio o calificar una proposición. De ello no escapará la propuesta de Tarski —con toda su importancia para el derecho— por cuanto entiende la verdad como una

relación de satisfacción entre proposiciones de un lenguaje especificado, con un meta-lenguaje.

Dicha perspectiva no es apta para efectos de apreciar lo que la verdad significa para los hombres, ni para establecer sus efectos o la manera de acercarse a ella en diferentes tiempos y escenarios. Estas son reflexiones que también incumben al conocimiento de la verdad, y que hacen evidente la necesidad de pasar de predicar ‘esto es verdadero’ o ‘esto es falso’, a predicar ‘esto es diferente’.

Reducir el debate de la verdad a un juicio o calificación es como decir que ella no importa para la historia, la cultura, la sociedad, y que, en consecuencia, está vetada como problema para todos estos espacios, lo cual, a nuestro juicio, es errado por completo.

Como se ve, al parecer existe una incapacidad de separar la verdad del juicio de verdad, y de la justificación, de manera que se les trata como si en realidad fueran la misma cosa.

Gadamer advierte que la ciencia en el mundo moderno tiene un modo de conocer, este es, la técnica. Y sobre el método apunta, que a pesar de hacer posible la ciencia, puede transformarse en un obstáculo para el conocimiento científico mismo; en consecuencia, se pregunta si nuestro modo de conocer la verdad no nos sumerge en la oscuridad de lo obvio y nos impide ensayar u obtener conocimientos realmente nuevos. Según el autor, los presupuestos de la ciencia moderna no permiten dar cuenta de todo el alcance de la pregunta por la verdad y, ante tal incapacidad, la ciencia termina por desacreditar la pregunta misma. De allí que el filósofo afirme: “la ciencia es por mucho, el *alfa* y *omega* de nuestra civilización” (Gadamer, 1998, p. 55).

O, en otras palabras, el ideal de la comprobación nos arrastra al universo de la planificación y de la técnica, y la ciencia, por medio de la técnica, termina por desacreditar a la verdad como objeto de reflexión.

A su vez, lo que el derecho no acepta es que la pregunta por la verdad no le entregue elementos para elaborar juicios, razón por la cual la considera inútil. En ese sentido se espera que la pregunta por la verdad sea formulada de manera tal que su respuesta derive en la elaboración de una ruta que diga cómo tomar una decisión correcta; de lo contrario, la discusión le repele por su carácter de disciplina práctica.

Ahora bien, para Gadamer es posible predicar la verdad o falsedad de los enunciados, pero la manera de llegar al fondo de los mismos es encontrar la pregunta que tratan de resolver (1998, p. 58).

En este sentido, el juicio de verdad hace parte de la respuesta e incumbe a la reflexión, aunque en un momento distinto al de la pregunta que pretende resolver, y con la cual se interpela de manera permanente. Lo interesante es que Gadamer logra con ello trasladarnos, de la reflexión sobre el enunciado y la calificación del mismo, a la reflexión sobre la pregunta o problema.

Ahora bien, ese afuera del que habla la ciencia, ese mundo, historia y demás, es visto por Gadamer como un momento de la verdad; él llama la atención en que ese afuera es, a la vez, parte de nosotros mismos y nos vincula como sujetos, sin que ello implique traicionar la objetividad que pretenden las ciencias naturales (1998, p. 46).

El hecho de que Gadamer mencione los límites del método científico no significa que proponga la irracionalidad o el abandono de la objetividad. Lo que ocurre es que su propuesta trata de dar cuenta de la totalidad de los aspectos de la vida humana; es una reflexión sobre ello y no sobre el diseño de un método de interpretación que reproduzca, en palabras de Aguirre Oraá, el imperialismo de la metodología de investigación científica natural. La propuesta de Gadamer es filosófica, no técnica metodológica; por ello, es probable que no sirva para tomar decisiones inmediatas. En este sentido, la tarea que atribuye a la hermenéutica es la de "interrogar la totalidad de la experiencia que el hombre hace del mundo y la totalidad de su práctica-praxis social" (Aguirre Oraá, 1998, pp. 427-432).

García Amado critica la perspectiva hermenéutica gadameriana aplicada al derecho, en tanto esta no brinda herramientas para racionalizar el ejercicio y la aplicación del mismo por cuenta de los operadores jurídicos, en parte, porque insiste en encontrar métodos racionales para lograr hacerlo o, más claro en sus palabras, porque requiere "una metodología normativa de la interpretación que trate de establecer reglas del correcto interpretar" (García Amado, s.f., p. 13).

No obstante, la reflexión de Gadamer, con absoluta seguridad, no se encontraba dirigida específicamente a los juristas y a sus necesidades, menos aún, a prescribirles una manera "verdaderamente racional" de interpretar —posibilidad remota, por decir lo menos, si se toma en cuenta su crítica a los afanes de la racionalidad—.

A pesar de todo, el hecho de que García Amado tenga razón frente a la imposibilidad de que la propuesta de Gadamer sirva para tales aspiraciones no quiere decir que la misma le sea indiferente o estorbosa al derecho. La reflexión de Gadamer es filosófica, no meramente instrumental, y criticarla por sus falencias, en lo segundo, es un contrasentido. Al parecer, para García Amado, la comprensión de Gadamer tiene la misma importancia que la otorgada por algunos juristas a la reflexión acerca de la verdad: ninguna, debido a sus carencias de aplicación instrumental inmediata.

Pues bien, por ahora también dejemos de lado la discusión acerca de si la interpretación de Gadamer le es o no útil a la decisión judicial; dejemos también de lado el hecho de que aún el mundo no conozca el primer método de interpretación que logre racionalidad, predictibilidad y objetividad. De momento no es esa la discusión que se trata de abordar. Es otro el camino que seguirá este texto procurando enfocarse en la comprensión, la verdad y el derecho.

Gadamer lleva a cuestionar la tradicional división entre el adentro y el afuera, lo objetivo y lo subjetivo, lo personal y lo real. Trata de romper con dichos códigos binarios, con la fantasía del sujeto que se ubica flotante por encima de los juicios y los problemas para apreciarlos como a cosas que le son extrañas y completamente ajenas, cosas que no logran tocarlo y sobre las cuales debe proceder con corrección e independencia. Nos recuerda la fragilidad de la razón y la investigación científica cuando se ven inevitablemente afectadas por el poder.

Resistir a la explicación y resistir al afán de la racionalidad es un llamado de su perspectiva comprensiva, es, del mismo modo, la perspectiva de este estudio. A eso se refiere el autor cuando invita a "resistir la auto apoteosis de la Ilustración" (Gadamer, 1998, pp. 47-48).

Para Gadamer, el lenguaje no es instrumento, no es herramienta; entre este y el mundo existe una relación inescindible; en consecuencia, no existe posibilidad de elaborar conocimiento por fuera de dicha relación, y por fuera del lenguaje. Por ello, en sus palabras "estamos tan íntimamente insertos en el lenguaje como en el mundo". Comprender es dar cuenta de las relaciones infinitas que se desarrollan entre lenguaje y mundo, y en las cuales estamos incluidos como intérpretes históricamente situados (1998, pp. 147-148).

El proceso de comprensión es un hecho lingüístico, y la ciencia moderna es una forma de acceso al mundo, una forma de dar cuenta de aquellas relaciones, mas, no la única, ni la más completa (1998, pp. 181-184).

Hacer de la ciencia la única o la mejor de las formas para abordar las relaciones de lenguaje y mundo nos impone límites imaginarios para la reflexión, límites que nos impiden el conocer nuevas cosas, que nos las hacen imposibles.
En cierto sentido, la apoteosis de la Ilustración también ha llevado hasta la exasperación la formalidad del método de construcción del derecho, imponiendo barreras, y cercenando nuevas posibilidades interpretativas y de construcción de la disciplina jurídica.

En la Modernidad se parte de que la metodología de las ciencias es, en palabras de Gadamer, una "tesorería de verdades" (1998, p. 190), en palabras de abogado,

una especie de garantía real que, como diría algún viejo profesor, opera frente a “Don *erga omnes*”.

De allí que la verdad esté vetada para los juristas debido a los precarios y no certificados métodos que tienen para llegar a ella, y de allí también la imposibilidad de establecer ciertos diálogos; por eso, el jurista tiene impedido hablar de ciencia, y el científico, hablar del derecho.

La pregunta es, ¿no son lenguaje y mundo-espacios comunes para todos los saberes, para todos los problemas, para todos los juicios y justificaciones? ¿No es el lenguaje condición de posibilidad para el conocimiento y para que el hombre se reconozca en el mundo?

En esas relaciones infinitas entre lenguaje y mundo se dan puntos de intersección que revelan la inminencia del contacto entre todo lo que lo habite, sean hombres, saberes, juicios, justificaciones y demás. Por eso, al jurista le está permitido hablar de ciencia, y al científico, hablar del derecho. Dicho contacto, en lugar de pauperizar, enriquece y hace posible el hecho de que, en algunas veces, encontremos entre todos estos las relaciones más inesperadas.

No existe ningún lenguaje autónomo; el lenguaje científico es un lenguaje que usa expresiones técnicas y especializadas, pero no deja de ser lenguaje, lenguaje vivo, evolutivo y cambiante; en consecuencia, el lenguaje es el mismo, incluso, cuando se viste de formal, matemático, común, experto y demás (1998, p. 188).

Al menos, desde este punto de vista, existe un constructo de lenguaje y mundo en donde las cosas más distintas pueden tocarse. Gadamer atribuye al diálogo la posibilidad de permitir una interpretación común del mundo; el diálogo y la comunicación permiten que en lugar de imponer la posición de unos sobre otros, poco a poco, y mutuamente, se moldeen hasta alcanzar la comprensión recíproca (1998, pp. 184-185).

Lo normal para el derecho es que le importa la verdad desde el punto de vista instrumental, como si de ella solo se pudieran derivar juicios para casos concretos. Lo que se quiere decir aquí es que la verdad importa también como problema, y que ese problema se puede abordar de muy distintas maneras, en esas relaciones infinitas que se acaban de mencionar.

La verdad depende, en cierta medida, del problema que me plantee frente al derecho. Gadamer nos dice que en el fondo del enunciado y del juicio lo que hay es un problema, es este el que nos señala lo que queremos conocer del derecho; por ende, nos muestra de alguna forma un camino al tipo de verdad que llegaremos.

Lo positivo del derecho, aunque al parecer algunos no se den por enterados, es que frente a este podemos plantearnos infinitud de problemas, y que nos brinda un lugar privilegiado para apreciar las relaciones entre lenguaje y mundo. Frente a esta infinitud de problemas, frente a esa infinitud de relaciones entre lenguaje y mundo podremos proceder de múltiples maneras.

Por otro lado, una seria dificultad para el saber jurídico es que este, cada vez que se pregunta por la verdad, lo hace de la misma forma. Como se dijo, lo hace desde el problema de la justificación, aunque en otras ocasiones lo hace a partir de la oposición entre verdad formal y material. Así, se recrea la pregunta desde la orilla de la instrumentalidad, y desde una especie de ideología de la racionalidad. Ello lleva a que se haga de la discusión sobre la verdad en el derecho un asunto de partidos: los verifóbicos, los escépticos, los sustancialistas, los pro-prueba de oficio, los semánticos, los formalistas, etc.

Verdad puede significar muchas cosas, según la pregunta o problema que se plantee, y la forma de proceder para resolverlo. ¿Dicha cuestión nos devuelve al problema del método? Tal vez ello, en parte, explicaría los distintos modos de entender la palabra verdad. Con seguridad tales sentidos no son meros accidentes del lenguaje, nos hablan de cosas distintas entre sí. El punto es que si el concepto de verdad deriva de las distintas relaciones entre lenguaje y mundo, y si estas relaciones traen infinitos problemas e infinitas maneras de abordarlos, en consecuencia, tanto la coherencia, como el fundacionalismo, como el coherentismo y demás, caben en la verdad.

Susan Haack nos llama la atención cuando critica la posibilidad de que el concepto de verdad sea relativo a las teorías; no obstante, aquí no se habla de que la verdad sea relativa en sí misma, como concepto, sino que esta puede significar muchas cosas distintas, con independencia del problema de cómo calificar un juicio de verdadero o falso. De nuevo, ello no es un mero accidente del lenguaje, y si es posible hablar de verdad, lo es precisamente debido a la relación entre lenguaje y mundo. Por ello, no sería errado decir que la verdad es una y muchas cosas, y que ella también depende de la pregunta o el problema que se provoque en esa relaciones infinitas a las cuales deseamos responder. La lectura del derecho y los problemas del derecho serán siempre inacabados; nunca se agotarán ni cesarán de expandirse.

Probablemente, para las ciencias naturales y para el derecho, la verdad significa cosas distintas, ¿quiere decir ello que sea imposible establecer un diálogo entre ambos? Con seguridad que no. La respuesta al qué significa la verdad para el derecho dependerá de la manera en la cual interpretamos y desarrollamos las relaciones entre derecho, ciencia y mundo; de la, o las, maneras en que

desarrollemos estas relaciones; tales maneras de entender la verdad son infinitas en su posibilidad, pero finitas y cambiantes en sus formas concretas y, como se dijo, para ello no habrá una sola vía sino múltiples, como, del mismo modo, habrá múltiples significados, respuestas y justificaciones.

El mundo y el lenguaje nos ofrecen infinitas posibilidades para ser pensados. El hecho de que pueda pensarse en la verdad, con V, no quiere decir que ella solo pueda ser pensada de una forma, o que solo importe para tomar decisiones concretas. La verdad puede ser pensada infinitamente, pero con muchas formas finitas y situadas históricamente. Por ello, deberíamos intentar comprender estos problemas sin el afán instrumental de la ciencia moderna.

En realidad, todos los intentos de reducir los problemas del derecho a unos problemas esenciales, o mejor, a los problemas considerados como esenciales por quien los identifica nos revelan el carácter ideológico de tales esfuerzos.

Ahora bien, según lo dicho, el hecho de que el jurista pueda hablar sobre la ciencia, y el científico sobre el derecho, no quiere decir que ambos puedan hacerlo de cualquier manera; es posible establecer dichos diálogos, pero no de cualquier forma.

Deben compartirse esos lenguajes que constituyen cada una de las disciplinas, lenguajes que desarrollan permanentemente esa relación con el mundo, y en los que reconocemos la capacidad de encarnar la validez de los saberes específicos.

A pesar de que la palabra *ciencia* revista cierto magnetismo en la sociedad, como ya se advirtió, el lenguaje científico, al fin y al cabo lenguaje, es un discurso complejo y especializado que articula una gran cantidad de enunciados.

Para el caso del derecho, el positivismo propuso un sistema explicativo construido a partir del concepto de validez, no de verdad, y precisamente de esta aspiración explicativa, para Kelsen, la teoría del derecho devino ciencia (Bedoya, 2009, p.115).

En la propuesta de Kelsen, el discurso del derecho se construye desde la sintaxis; los juicios sobre la validez en el espacio de la norma tienen por herramienta principal la lógica de los enunciados jurídicos; de allí que la norma, en tanto dato empírico, le interese a Kelsen únicamente para efectos de realizar juicios internos o de validez de una norma específica dentro de un sistema y, también, para efectos de desarrollar juicios de valor sobre una conducta real, según su correspondencia o disidencia con lo descrito en la norma, con la claridad, eso sí, que el contenido de valor de la norma, la interpretación y aplicación de la misma son actos de voluntad que crean derecho (Kelsen, 1982, pp. 32-33, 87-88, 353 y ss.).

Según Bedoya, en el discurso de la ciencia está la ciencia. Este discurso tiene la obligación metodológica de construir su propio objeto como una abstracción; su objeto no es una cosa material sino una construcción lingüística que da lugar al objeto epistémico (2009, pp. 84-85).

Pues bien, si cada objeto trae sus propias preguntas y las preguntas que se hace el científico son el resultado de su concepción sobre el objeto, entonces se debe preguntar, ¿quiénes participan de la construcción de ese objeto? ¿Cómo lo hacen? ¿No hay nada en el objeto distinto del ámbito de la validez o justificación del discurso?

El problema continúa siendo que la noción moderna de ciencia nos lleva inevitablemente al espacio de la justificación, y la epistemología hace lo propio cuando enfoca su preocupación por el conocimiento en evaluar las condiciones sobre la justificación o validez de un discurso, es decir, en establecer sus rasgos estructurales y estudiar los argumentos o razones que pueden sustentarlo.

No obstante, el derecho se alimenta también de elementos distintos a los anteriores; existen otras relaciones que no se comprenden en el espacio de la validez, razón por la cual, el conocimiento sobre el derecho requiere que se reconozca la existencia de una pluralidad de sujetos, métodos y discursos que lo intervienen.

Mas no todo lo que se dice sobre el derecho aporta a su construcción; dicho aporte solo se da por medio de aquellos discursos que se encargan de hacer de la reflexión sobre el mismo, un objeto de conocimiento; por ello, habría que diferenciar lo que se dice sobre el derecho como objeto material, de lo que se dice sobre el derecho como objeto de conocimiento (Bedoya, 2009, p. 137).

En ese sentido es interesante el aporte que al derecho podría hacer la sociología del conocimiento, cuando se enfoca justo en ese espacio que potencia la reflexión por fuera del problema de la validez o justificación.

La sociología del conocimiento nos ayuda a indagar por las influencias o relaciones del entorno, con la existencia y formación de un saber específico, es decir, a apreciar la construcción del conocimiento, o de un saber, como un proceso en el que median múltiples factores.

Nos permite comprender mejor cómo se hace la ciencia, cómo procede cuando se agota el experimento, por qué hay batallas entre escuelas, por qué en circunstancias ajenas a la justificación se cree más a unos que a otros, cómo influyen las instituciones en la construcción de ciertos saberes, cómo se componen y qué reglas rigen las comunidades del conocimiento, y también, cómo todo esto deviene con posterioridad en criterios de validación del conocimiento mismo.

Tales preguntas se hacen mucho más urgentes cuando se trata de indagar por los entuertos de un saber íntimamente relacionado con el poder como lo es el saber jurídico; cuando se tiene presente que el principal propósito del derecho no es el de conocer los hechos a la manera de la ciencia, sino el de elegir entre las hipótesis fácticas que llevan las partes al juez, es decir, el de elegir entre las representaciones de los hechos que se pretenden conocer.

Allí se hace evidente el límite del llamado modelo cognoscitivo de los hechos en el derecho, modelo sobre el que hay que decir no es cognoscitivo en puridad, sino que tiene la aspiración de serlo para cumplir el propósito de legitimar la acción del Estado en la Administración de Justicia (Bedoya, 2009, p.143). Así las cosas, el derecho trata de mostrar como naturales las decisiones que toma y, a veces, olvida que la verdad de la sentencia judicial, frente a la verdad de la ciencia, es un hecho político, no científico. Por ello es una quimera racionalista exigirle al derecho que imite fielmente a la ciencia, tratar de borrar su innegable relación con el poder.

De hecho, fue muy común tratar de hacer de las ciencias sociales una semejanza con las llamadas ciencias exactas y naturales. Y, es más, en el campo del derecho probatorio, aún existen quienes se preguntan si es posible hacer una ciencia sobre las pruebas, quienes plantean sistemas científicos, lógicos, cuasi-científicos, estadísticos y demás finuras para fundamentar sistemas de valoración probatoria "realmente racionales".

La sociología del conocimiento da la oportunidad de preguntar sobre cómo las prácticas sociales intervienen en la construcción del derecho y de la ciencia, y cómo se desarrollan las relaciones entre ambos.

Nos permite preguntar —y aquí confieso un interés personal— ¿qué hay detrás de tanta ciencia en el proceso penal? Y frente a ella nos señala un camino, nos responde que detrás de tanta ciencia no hay nada más ni nada menos que unas prácticas sociales, y a veces, incluso, unos proyectos autoritarios; basta con recordar los años dorados del positivismo criminológico para comprender la gravedad de cercenar el objeto de estudio, en aquel caso, reduciéndolo al análisis de los sujetos del delito, o mejor, del delincuente.

Leer la ciencia, interpretarla, hacerla decir para derivar conclusiones jurídicas no lleva nunca a una verdad asépticamente científica[3], máxime si se parte de

3 La ciencia, cuando se hace a sí misma, puede ser menos esquemática de lo que pensamos; el científico no se dedica primero a debatir cual es la mejor forma de hacer la ciencia; solo la hace, se arriesga y muchas veces se equivoca, no le preocupa si logra conocer o no, solo lo intenta.

que el derecho, más que muchos otros saberes, tiene la necesidad imperiosa de construirse y funcionar con discursos "importados".

Este es el caso de la filosofía, de la sociología, e incluso de la física, de las cuales se extrajeron los primeros conceptos de causalidad, antes de desarrollar el concepto de la imputación objetiva.

Tal relación llega hasta el punto de la cotidianidad, en la medida en que el ejercicio del derecho y, en particular del derecho penal, requiere de la presencia constante, en los estrados judiciales, de peritos que hablen de pruebas de ADN, de balística, de física, de ingeniería, de química, de psicología, de medicina, de biología, de microbiología, etc.

De nuevo, lo que se quiere resaltar aquí es el diálogo permanente que sostiene el derecho con otras esferas del conocimiento, y la imposibilidad de que este se dé racionalmente sin comprender, por lo menos, en qué términos se desarrolla dicha relación.

El conocimiento del derecho es, en tal sentido, un conocimiento multidisciplinar, no se basta a sí mismo, y requiere sin lugar a dudas de las relaciones con otros conocimientos y con las prácticas sociales.

La ciencia es, en términos sociales, un discurso de referencia que genera instituciones que son también de referencia. De allí la necesidad de remitirse constantemente a lo que esta dice y, por lo mismo, la razón por la cual lo que aún está por decir de un saber, lo nuevo, no puede decirse de cualquier forma, ya que para ello existen ciertos controles que el discurso de referencia y sus instituciones ya ordenaron.

Es inevitable dejar de imaginarse tan numerosas e importantes entidades científicas y académicas, en las que se presentan los nuevos resultados de la investigación científica o social, la manera en que este nuevo conocimiento es ventilado, validado y, a su vez, restringido por los rigores del secreto empresarial o la exclusividad académica.

Vienen a la mente las revistas científicas y especializadas, la mayoría de los casos indexadas, por las cuales transita lo que hay de nuevo en cada disciplina, los grupos interdisciplinarios y de investigación, las comunidades de científicos y académicos, las bases de datos y de información, a veces tan especializadas como restringidas, entre otros.

Con toda seguridad, un académico reconocido en su respectiva comunidad científica y cuyas obras sean publicadas en revistas de las mencionadas, gozará de una

credibilidad reforzada frente a otros de sus colegas; lo mismo ocurrirá en aquellos casos en los que se presenten discursos consistentes con las reglas aceptadas en el mundo académico y científico, sin necesidad de que las propuestas que encarnen sean innovadoras o, ni siquiera, interesantes.

Seguir el discurso de ciertas ciencias, y de la "razón", con regularidad, es académicamente rentable, pero ¿por qué?

Desde la perspectiva del conocimiento científico, Steven Shapin, en uno de sus artículos más famosos titulado *"Cordelia`s love"* (1995), retomando a David Bloor, dice que en la constitución de los cuerpos de conocimiento intervienen dos factores: por un lado, el de la validez científica interna de la disciplina que se ocupa del método, los procedimientos, la experimentación y demás relacionados con el desarrollo de la ciencia particular y, por el otro, los criterios de origen social que crean la práctica social de la credibilidad, con el fin de dotar a un conocimiento particular, de la aceptación suficiente para que este sea considerado como científico. Así las cosas, los cuerpos de conocimiento científico son la convergencia de ambos: del desarrollo de la validez científica de las proposiciones, y de la credibilidad otorgada a ellas por las prácticas sociales.

Para Shapin la credibilidad es básicamente una práctica por medio de la cual, tanto la comunidad científica como las personas del común le otorgan su confianza a los enunciados científicos, sin necesidad de corroborarlos o comprobarlos por su propia cuenta (1995. p. 4). Con tal concepto, Shapin quiere mostrar que la creación de los cuerpos de conocimiento científico no obedece en exclusiva a una racionalidad de la comprobación y la experimentación, sino también a múltiples factores o prácticas contingentes, de carácter social, cultural, histórico, político y demás, que se encargan de dar credibilidad y generar confiabilidad sobre los hallazgos de la ciencia. Así las cosas, las indagaciones sobre la credibilidad se convierten en uno de los puntos fundamentales abordados por los estudios sociales de la ciencia; ello explica, en parte, las razones por las cuales la mayoría de personas acepta los enunciados científicos, de manera bastante natural, sin necesidad de comprobar que son efectivamente ciertos, y sin tener ningún contacto con el experimento que les permita decir, por cuenta propia, que efectivamente los resultados que se esperan son los que el científico enunció.

En el estudio de la credibilidad entran factores muy diferentes y variados como la raza, la religión, la cultura, el patrocinio de las investigaciones, y todo aquello que pueda dar visos de lo creíble, en una sociedad y en un momento determinados.

Fue Bloor (1998)[4], uno de los pioneros de esta perspectiva, quien sugirió que la objetividad es también un fenómeno social, que la idea de conocimiento se basa en representaciones sociales, y que el conocimiento teórico y los criterios de validación se construyen colectivamente. Dicho autor llamó la atención en que tanto la objetividad como la verdad y el conocimiento son conceptos a veces sacralizados, lo cual termina por acabar con la utilidad que pueden representar en el saber.

Para el autor, algo es ciencia cuando se le trata como ciencia; los paradigmas son aquellos que definen los problemas y los modelos que consideran aceptables para su solución y, a su vez, son considerados como tales en virtud de su aceptación dentro de un grupo social. En consecuencia, el conocimiento es una construcción social que poco a poco configura paradigmas; el conocimiento es una institución que implica tomar en cuenta los elementos convencionales que intervienen en él (1998, pp. 25-26).

Según él, los sociólogos normalmente se han ocupado de estudiar los factores externos o institucionales de la ciencia, dejando a un lado la discusión por la naturaleza del conocimiento, como materia que incumbe a los filósofos. A su juicio, esa división entre lo interno y lo externo lleva a que se califiquen como patologías del conocimiento científico las prácticas sociales que lo influyen, terminando por reducir los aportes sociológicos a lo que Bloor llama “acechar en los desechos del patio trasero de la ciencia”(1998, pp. 34-68).

Para esta propuesta, la ciencia, sus teorías, métodos y resultados son también, aunque no con exclusividad, convenciones sociales; por tal razón, ellas deben soportarse en los criterios de la credibilidad social y la utilidad práctica. Al no ser universales ni estáticas, dice este autor, tales convenciones deben, a su vez, estar en consonancia con otras convenciones y propósitos predominantes en un grupo social. Una teoría aceptada es, en consecuencia, una teoría de grupo y, a la vez, una manera que tiene el mismo para relacionarse con el mundo de fuera. Incluso, ciertos criterios, para que las teorías e ideas científicas se adapten a lo que se espera de ellas, son también convenciones sociales, por ejemplo, la exigencia de que estas sean capaces de hacer predicciones y acertar (1998, pp. 85-87).

Como se ve, la sociología del conocimiento nos muestra relaciones inesperadas entre la ciencia y las prácticas sociales. En dichas relaciones la verdad es un tema al que se puede acudir sin los amarres del problema de la justificación.

4 Esta es la edición en lengua castellana de *Knowledge and social imagery*, obra publicada por primera vez en 1976.

No obstante, como lo advierten estos autores, el hecho de acercar un poco más la verdad a las prácticas sociales no quiere decir que se borren los lazos que esta tiene con el espacio de validez de los discursos, entre ellos, el discurso científico.

Para terminar, habrá que aclarar de nuevo que no era el propósito de este texto llegar a una definición de la verdad en el derecho, no se dirá que la verdad es un juicio, o la mejor de las justificaciones, o las prácticas sociales, o la validez de los discursos, o una suma de lo uno y de lo otro.

Por lo pronto, se regresará a la inquietud que considero más urgente, y que ya fue formulada, ¿Cuál es el valor de la verdad para el derecho? ¿Por qué le importa al derecho discutir sobre la verdad?

A nuestro entender, la principal cuestión es la de las infinitas posibilidades que se abren al conocimiento a partir de las relaciones que aquí se mencionaron.

Por ello es posible decir que la verdad supera el discurso consistente, o el cierto tono de voz; la verdad habitaría en la relación lenguaje-mundo, en realidad, no tendría un fundamento último, y la reflexión sobre tales relaciones, como ya se ha insinuado, significa para el derecho el aporte más invaluable en el que se pueda pensar.

Significa nada menos que permitir la expansión infinita de las fronteras del saber jurídico, su consolidación y expansión como cuerpo de conocimiento. Reconocerlo así es reconocer una dimensión absolutamente poderosa y positiva para la relación entre saber y verdad.

Quedan muchísimas cosas por tratar y, con seguridad, más preguntas que respuestas, pero, basta con decir, que la riqueza de la verdad para el derecho, radica en que esta es un problema que puede ser pensado, y sobre el que siempre será necesaria la reflexión.

## Bibliografía

Albert, H. (2007). *La ciencia del derecho como ciencia real*. México: Fontamara.

Bedoya, H. (2009). *Dogmática como derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bloor, D. (1998). *Conocimiento e imaginario social*. España: Editorial Gedisa.

Haack, S. (2005). La unidad de la verdad y la pluralidad de las verdades. En: Frápolli, M & Nicolás, J. (Eds.). (2012). *Teorías contemporáneas de la verdad* (pp. 587-608). Madrid: Tecnos.

Tarski, A. (1972). *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

## Fuentes electrónicas

Aguirre Oraá, J. M. (1998). Hans Georg Gadamer: La alternativa "ontológica" hermenéutica. Brocar: *Cuadernos de investigación histórica*, (21), pp. 427-442. Recuperado de http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=227759

Gadamer, H. (1998). *Verdad y método*. Volumen II. Recuperado de http://www.olimon.org/uan/gadamer-verdad_y_metodo_ii.pdf

García Amado, J. (s.f.). *Filosofía, hermenéutica y derecho*. Recuperado de http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf

Shapin, St. (1995). Cordelia´s love, Credibility and the Social Studies of Science. *Perspectives on Science*. 3. pp. 255-275. Recuperado de http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3293019/shapin-Cordelias_Love_1995.pdf?sequence=2

# La verdad y el proceso jurisdiccional en Uruguay

## Truth and Judicial Process in Uruguay

*Alejandro Abal Oliú*[1]
*Universidad de La República*
*Uruguay*

## Resumen

En este trabajo se analizan las normas procesales uruguayas que reflejan el debate en torno a las posiciones respecto a la búsqueda de la verdad de los hechos en los procesos jurisdiccionales. A tal efecto se consideran en particular las reglas procesales de país sobre la iniciativa probatoria del tribunal, el deber de colaboración de las partes con el tribunal, y la posible consagración de la teoría de las cargas probatorias dinámicas..

**Palabras clave:** Verdad material, iniciativa probatoria, deber de colaboración, cargas probatorias dinámicas, imparcialidad del tribunal.

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) y del Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH) de Uruguay. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). E mail: aleabal1973@gmail.com

## Abstract

This paper explores various rules of Uruguayan Procedural Law, seen as the result of different conceptions on the same object: the determination of truth according to the facts discussed in judicial processes. In this order, we explain several institutions, such as the judge's probative initiative, burden of proof and dynamic burden of proof.

**Key Words:** Truth, probative initiative, burden of proof, dynamic burden of proof, judicial impartiality.

# Introducción

El debate existente en la doctrina —reflejado a menudo en disposiciones procesales que asumen una u otra posición— respecto a la necesidad o, al menos, a la conveniencia de que la búsqueda de "la verdad", o la mayor aproximación posible a ella, constituya o no un elemento esencial para la resolución del tribunal, se enmarca en la discusión de cuál debe ser el rol del tribunal en el proceso, y hasta dónde puede exigirse a las partes, en atención a la regla del obrar con buena fe, que colaboren con el tribunal para intentar alcanzar la verdad acerca de los hechos que forman parte del objeto del proceso. Ese debate es el que enfrenta las posiciones de los generalmente denominados "activistas", y los habitualmente llamados "garantistas".

Sin poder detenerme a señalar en este momento los matices propios de cada autor, conforme con los primeros, —entre quienes se encuentran, por ejemplo, el italiano Michele Taruffo, el español Joan Picó I Junoy, y el brasilero José Barbosa Moreira— la misión social o solidaria de los tribunales jurisdiccionales les impone solucionar los problemas que se plantean en la vida social, "dirigiendo activamente" el proceso en busca de la verdad y abandonando la posición tradicional que vendría al menos desde el siglo XIX, conforme a la cual, asumiendo una conducta "pasiva", los tribunales, sin mayor intervención en el desarrollo del proceso, se deberían limitar a resolver de acuerdo con lo que plantean los interesados principales.

De acuerdo con los activistas, y sin perjuicio de los diversos matices ya apuntados (que en ocasión son muy importantes), el tribunal podría tener participación en el inicio mismo del proceso y en su desistimiento (aunque por cierto esto no lo sostiene prácticamente nadie en los regímenes no autoritarios), en la determinación de cuál será el objeto de ese proceso (es decir, en la determinación de los hechos y en la requisitoria, lo cual sí es sostenido por algunos de los autores que pertenecen a esta corriente), en cuál debe ser el objeto (el "tema") de la prueba (inclusive con independencia de la conformidad de las partes en los procesos de materia disponible, lo cual también es promovido por algunos de estos autores) y, en definitiva, en la búsqueda de la "verdad" acerca de la existencia de los hechos (al menos respecto de los hechos que integran el objeto de la prueba), por lo que el tribunal debe, por esto último, disponer —de oficio— de iniciativa para aportar al proceso los medios de prueba que entienda convenientes (principalmente para complementar la actividad de las partes en ese sentido, y con diversas limitaciones según de qué autor se trate), y teniendo las partes, por su lado, el más amplio deber de colaborar con buena fe en esa búsqueda de la verdad emprendida por el tribunal.

Por otro lado, según los procesalistas que integran la corriente denominada "garantista" —actualmente representada entre otros muchos por el español Juan Montero Aroca, el argentino Adolfo Alvarado Velloso, y probablemente seguida por la gran mayoría de los procesalistas más jóvenes de Uruguay— el rol del tribunal jurisdiccional debe ser el propio de un tercero imparcial, lo cual resulta incompatible con el ser investigador de los hechos.

Pues bien, en lo que se refiere a la prueba, estas dos concepciones del proceso jurisdiccional tienen diferencias que se reflejan principalmente en tres áreas particularmente sensibles, las cuales voy a analizar a continuación para presentar las reglas que a su respecto rigen en el derecho procesal de Uruguay: la iniciativa probatoria del tribunal, el deber de colaboración de las partes y las cargas probatorias dinámicas.

## 1. La iniciativa probatoria del tribunal

Justificando esa iniciativa probatoria del tribunal en aras de la búsqueda de la "verdad", y replicando así a algunas críticas referidas a la pérdida de imparcialidad que la iniciativa probatoria de oficio podría conllevar, ha expresado por ejemplo el italiano Taruffo (2007) que:

> Si se piensa en un 'buen juez' capaz de ejercitar correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay razón para temer que él resulte parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el solo hecho de que él mismo ha dispuesto o sugerido la adquisición. Solo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil se puede temer que él pierda la propia imparcialidad en el momento en que decide sobre la oportunidad de que una prueba ulterior se adquiera, o que no esté en grado de valorar una prueba en modo equilibrado solo porque ha sido dispuesta por él.

Tratando igualmente de refutar las críticas que se han hecho a esta iniciativa probatoria de los tribunales, postulada por el "activismo procesal", el español Vásquez (2009, pp. 238-240) ha manifestado que:

> En el importante debate, que en modo alguno debe ser ignorado ni menospreciado ya que afecta a un tema central como es el de la prueba y con él al modelo de juez y de proceso civil, solo hay un punto en el que, en mi opinión, los detractores o críticos de que el juez pueda tomar iniciativas probatorias más allá de las pruebas ofrecidas por las partes pueden tener razón. Ese punto consistiría en que el proceso civil podría dejar de ser dispositivo y devendría inquisitivo, si el juez, utilizando sus

> iniciativas probatorias, no se limitase a resolver la duda sobre un hecho trascendente que necesita conocer para juzgar con acierto (limitándose a una actividad complementaria o suplementaria de la prueba producida por las partes, sin sustituir su deber de probar ni la carga de la prueba), sino que se valiese de ese pretexto de la duda sobre la certeza de un hecho que necesita conocer para desencadenar una perquisición o investigación probatoria generalizada o indiscriminada sobre los hechos objeto del juicio (…) Solo que la experiencia enseña que el peligro del abuso judicial de las iniciativas probatorias no existe y que el 'peligro' es más bien el de la escasa utilización por los jueces de estas iniciativas.

Por su lado, y como ya señalé, desde una posición diametralmente opuesta, los procesalistas que integran la corriente denominada "garantista" entienden que, de acuerdo con su naturaleza, la misión, la posición y el rol del tribunal jurisdiccional no pueden sino ser —siempre— los que corresponden a un "tercero" ante las partes. Un tercero que solamente resolverá aquello que estas soliciten y conforme lo que ellas le planteen, sin apartarse nunca de esa calidad de tercero (que precisamente por ser tercero le otorga un rol distinto al de las partes).

Así, y concretamente en cuanto a la iniciativa probatoria de los tribunales, señala esta corriente de pensamiento procesal que es incompatible la calidad de tercero imparcial del tribunal con la de investigador de los hechos (ni siquiera de los hechos que se encuentran en el objeto de la prueba), lo que es propio de la tarea de las partes y que de hacerse de oficio corrompe la imparcialidad del tribunal.

¿Qué podemos concluir sobre esta cuestión que tan resumidamente he planteado?

Quizá sea oportuno, para formar opinión, recordar lo que hace ya muchas décadas enseñaba en cierto momento Chiovenda, según cita Picó (2000, p. 204): "Las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes".

Lo cierto es que después de tanto tiempo de escrito, lo que expresó en esa oportunidad Chiovenda, parecería continuar teniendo validez, por cuanto —tomando en cuenta lo señalado por Taruffo en la transcripción recién efectuada— es bien difícil que un juez que se ha puesto a indagar por su cuenta no privilegie el resultado de aquellos medios de prueba que dispuso de oficio sobre el resultado de los medios de prueba propuestos por las partes, además de que (al menos en los procesos de materia disponible) la iniciativa para aportar de oficio medios probatorios contradice (por lo menos en alguna medida) el principio dispositivo sobre el que se basa el proceso jurisdiccional, por cuanto en cualquier caso parece bastante evidente que el ejercicio de esa iniciativa probatoria —si en el supuesto concreto

en definitiva sirviera para demostrar la existencia de algún hecho— siempre va a favorecer a alguna de las partes y, simultáneamente, a perjudicar a la otra.

Sobre esto último —que entiendo correcto, aunque en algún momento se ha llegado a sostener que no—, lo cierto es que no siempre será el actor el eventual favorecido por la iniciativa probatoria del tribunal, puesto que, por ejemplo, la duda que puede conducir al tribunal a disponer prueba de oficio a través de "diligencias para mejor proveer" (en Uruguay artículos 193 y 194 del CGP), o en otras etapas anteriores del proceso, a ejercer la iniciativa de oficio por entender que existen medios de prueba que podrían haberse aportado y que no se aportaron, puede eventualmente —según el caso— favorecer tanto al actor o como al demandado.

Así, por ejemplo, si en un proceso solamente se ha ofrecido por ambas partes prueba testimonial, y aún antes de haberse diligenciado la misma el tribunal advierte que existe la posibilidad de diligenciar prueba pericial no solicitada, las resultas de esta última podrían favorecer indistintamente al actor o al demandado (aunque lo importante y cierto es que con su iniciativa probatoria el tribunal solo va a favorecer a uno de ellos, y en perjuicio de lo sostenido por el otro).

Por otra parte, tratándose de diligencias para mejor proveer, la prueba de oficio podría disponerse no solo ante la duda de si realmente existieron los hechos alegados por el actor en su pretensión, sino, inclusive, sobre si realmente existieron, por ejemplo, los hechos que configuran una prescripción extintiva o una excepción de contrato no cumplido alegadas por el demandado (aunque también es claro que esta prueba solo va a poder favorecer a aquella parte que alegó los hechos sobre los cuales existe duda, y nunca a la otra parte).

En cualquier caso entiendo que si pudiera realmente llegarse a "la verdad" absoluta sobre la existencia de los hechos debería considerarse seriamente la posibilidad de que los tribunales intenten llegar a ella por cualquier medio, incluso, a costa de poner en peligro su imparcialidad.

Pareciera ser que, como afirma por ejemplo Montero (2001, p. 273), la aspiración de obtener la "verdad objetiva" acerca de la existencia de los hechos es realmente de imposible realización por los seres humanos, y ante ello de lo único que se trata es de obtener tan solo una razonable convicción del juez, y

> [...] la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta solo puede producirse en el campo de la física o la matemática, no en el del proceso, en el que solo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuanto medida psicológica de la certeza.

Como conclusión de un relevamiento profundo de este debate, y aun entendiendo por mi parte —tal cual hoy día se postula casi universalmente para el proceso penal, inclusive en el proyecto de nuevo Código del Proceso Penal de Uruguay— que el tribunal no debería tener ninguna iniciativa probatoria, so riesgo de corromper su imparcialidad, puede señalarse que este tema no está totalmente cerrado. En este último sentido debe admitirse —tal cual señala, entre otros, Taruffo, y como resultado de la investigación de la jurisprudencia— que en la enorme mayoría de los procesos los tribunales ni siquiera ejercen esta iniciativa probatoria limitada que les otorga la ley, con lo cual el problema se traslada más bien a un encuadre general y teórico de la misión del tribunal, que a la discusión concreta sobre cuáles son sus poderes-deberes en materia de iniciativa probatoria.

Vinculado a lo anterior, no me parece posible eludir el problema que se plantea respecto de la iniciativa probatoria del tribunal cuando se trata de procesos de materia indisponible. Advierto sobre ello que si el proceso se refiere a una materia que el legislador considera que es indisponible para las partes, el dejar la iniciativa probatoria exclusivamente en manos de estas puede conducir, indirectamente, a dejarles la disponibilidad de ese derecho que conforme a la ley es indisponible, en fraude entonces de la regla en ese sentido (y ello aun cuando la actividad de las partes no fuera fraudulenta, sino simplemente indolente o equivocada).

En estos casos de procesos de materia indisponible debería, o bien concluirse que es necesario otorgar al tribunal iniciativa probatoria para complementar la prueba ofrecida por las partes o, en otra posibilidad que entiendo más adecuada para preservar la imparcialidad del tribunal, concluirse que debe darse intervención al Ministerio Público para que en caso de advertir que de hecho a través de la prueba (generalmente de su omisión) se está disponiendo por las partes del derecho, el mismo ejerza por su parte iniciativa probatoria para evitar que ello ocurra (y esto al margen de todos aquellos casos en los que el Ministerio Público directamente representa al Estado en su rol de actor, como sucede en los procesos penales).

Asimismo, y vinculado a todo lo expuesto, entiendo que constituye un grave error —que indiscutiblemente afecta la imparcialidad del tribunal (y por lo tanto su misma caracterización como tribunal jurisdiccional)— el postular, como lo ha hecho buena parte de la doctrina laboral en Uruguay, que en materia de derecho del trabajo la ley debe otorgar una amplísima iniciativa probatoria al tribunal, como una forma de concretar lo que llaman la "desigualdad compensatoria" que debería darse en tales procesos, en lugar de la "igualdad" en el tratamiento procesal que constituye un principio cardinal del proceso jurisdiccional.

Tal desigualdad compensatoria permitiría al juez disponer pruebas, de oficio, justamente para quebrar, para compensar, la desigualdad entre las partes. Este

postulado, que a primera vista aparece como tan atractivo, en realidad no implica sino atribuir al tribunal la función que en todo caso debería tener la asistencia o patrocinio letrado (o técnico), lo cual inmediatamente conduce a concluir que si en el caso existe desigualdad entre las partes (que por supuesto no siempre es en perjuicio del trabajador, sino que a menudo es a la inversa), lo que el Estado y la comunidad deben hacer no es quitar al tribunal su necesaria condición de tercero imparcial, convirtiéndolo en el abogado de la parte supuestamente más débil, sino —además de legislar estableciendo, por ejemplo, presunciones simples que favorezcan al trabajador— proporcionarle a esa parte —con un sistema mejor que el actual de patrocinio letrado gratuito— un abogado tan bueno como el mejor (y en la realidad así sucede en la mayoría de los casos en los que el trabajador pertenece a un sindicato, desde que los mejores abogados laboralistas suelen ser los abogados de estos y están al servicio directo de los trabajadores).

El tribunal es —necesariamente debe serlo para ser jurisdiccional— imparcial y, por ende, tratar a las partes con absoluta igualdad, y no debe imponérsele (aun con la mejor intención) algo impropio de su función y de su rol, como sería el intentar subsanar supuestas o reales desigualdades entre las partes (las que, de existir realmente deben ser subsanadas por otros medios, tal cual he señalado precedentemente).

Para finalizar, no puedo dejar de mencionar, sin ingresar en él, el interesante debate generado sobre el origen del llamado "activismo procesal", al que directamente se atribuyen las concepciones todavía vigentes aunque no las más actuales en la doctrina de Uruguay, conforme con las cuales el tribunal debería tener un protagonismo importante en materia probatoria (particularmente en cuanto a la iniciativa de oficio). Dicho debate se ve probablemente bien reflejado —defendiendo posiciones opuestas— en el trabajo de Cipriani donde se postula que tal sistema procesal es el fruto de regímenes autoritarios, y en la réplica que Taruffo hace a dicho respecto[2].

¿Qué establece actualmente el derecho procesal de Uruguay sobre la iniciativa probatoria del tribunal?

Conforme resulta de disposiciones como las que dictan el numeral 4 del artículo 24 y los artículos 25.2, 118.1, 118.2, 118.3, 131 y 350.5 del Código General del Proceso de Uruguay, es posible afirmar, sin ningún género de dudas, que —en

2 Una versión de las respectivas posiciones puede verse por ejemplo en Cipriani, F (2013) y Taruffo (2008, pp. 172-183).

solución de compromiso a mi entender criticable— tanto las partes como el tribunal tienen iniciativa probatoria.

No obstante lo expuesto, lo que sí ha sido y es discutido entre nosotros es si el sistema que admite nuestro derecho procesal otorga o impone una iniciativa probatoria amplísima tanto para los interesados principales como para el tribunal, o si ella se encuentra limitada para este último.

Se trata, en efecto, de que por un lado el numeral 4 del artículo 24 y el artículo 25.2 del CGP (y aunque mucho más vagamente el artículo 139.2) parecieran imponer al tribunal el poder-deber de ejercer una iniciativa probatoria ilimitada para lograr "el esclarecimiento de la verdad de los hechos" —como reza la primera de dichas disposiciones— o para "la averiguación de la verdad de los hechos alegados" —como indica la segunda— y, sin embargo, otras muchas disposiciones del mismo Código se refieren a la posibilidad de que el tribunal aporte, en determinadas circunstancias, algunos concretos medios probatorios, lo cual no parece conciliarse con una amplísima iniciativa probatoria del mismo (que de haber querido así dársela el legislador no requeriría de ninguna de estas otras múltiples disposiciones a las que hago referencia).

No siempre con igual grado de rigurosidad en la argumentación se han emitido en estas más de dos décadas de vigencia del CGP por los menos las siguientes opiniones:

a) Entendiendo que la iniciativa probatoria del tribunal solo existe en aquellos concretos casos (oportunidades, circunstancias) en que especialmente la establece la ley, se han pronunciado al menos Marabotto Lugaro, Véscovi, Garicoits, Boragno, Alves De Simas, Tarigo, Artola Sala, Stipanicic y Valentín, Simón, Landoni Sosa, y quien escribe esta ponencia.
b) Entendiendo que la iniciativa probatoria del tribunal es ilimitada, se han pronunciado Gelsi Bidart, Jardi Abella, Van Rompaey, Costa Franco, De Leon Lagurara y Xalambri.
c) Sin aclarar expresamente el alcance de nuestro derecho positivo al respecto, aunque aparentemente adhiriendo a la primera posición indicada (conforme han señalado los autores que dirige Landoni Sosa) se han manifestado Klett y Uriarte; y adhiriendo quizás a la última posición indicada parecerían haberse pronunciado Barrios De Angelis y Greif.

Por mi parte, he entendido en anteriores oportunidades —y me ratifico ahora en tal conclusión— que en nuestro derecho la iniciativa de principio en materia probatoria la tienen los interesados principales, y que a los efectos de precisar cuál es el alcance de la iniciativa probatoria que el CGP otorga e impone al tribunal, el problema debe desagregarse en cinco preguntas que tiene que

responder el intérprete cuando analiza la regulación de dicha iniciativa probatoria en nuestro Código: ¿ella le permite al tribunal aportar cualquier medio de prueba?, ¿se encuentra limitada por la exigencia de un previo aporte probatorio de los interesados principales?, ¿puede ser ejercida en cualquier momento?, ¿se encuentra limitada por el objeto del proceso?, ¿se encuentra limitada por el objeto de la prueba?

A. ¿La iniciativa probatoria del tribunal permite en Uruguay el aporte de cualquier medio de prueba?

Como he anotado, el numeral 4 del artículo 24 del Código pareciera establecer una iniciativa del tribunal que le permitiría introducir al proceso cualquier medio probatorio (prueba documental, prueba por informes, declaración testimonial, informe pericial, etc.)

Sin embargo, el siguiente numeral del mismo artículo señala el poder-deber del tribunal para introducir de oficio solo tres medios de prueba (los tres por declaración), dando a entender, además, que se trata de una segunda convocatoria de quienes ya antes fueron convocados a declarar por iniciativa de las partes ("disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito").

Por otro lado, una larga serie de diferentes disposiciones del mismo CGP establecen igual poder-deber del tribunal vinculado solo a determinados medios probatorios.

Se trata de los artículos 148 (señala que la regla que el mismo establece es sin perjuicio de la posibilidad del tribunal de interrogar a las partes conforme al numeral 5 del artículo. 24), 149.2 (establece que el tribunal puede interrogar a las partes de oficio y en la audiencia sin necesidad de previa citación), 149.3 (indica que el tribunal puede citar de oficio a una parte para declarar en una audiencia, en cuyo caso la no comparecencia tendrá las consecuencias que indica el artículo 149.4), 160.2 (establece que el tribunal podrá citar de oficio al testigo que la parte asumió la carga de hacer comparecer y no compareció, remitiéndose la norma para indicar tal poder-deber al numeral 5 del artículo 24), 161 (consagra el poder-deber del tribunal de disponer de oficio el careo entre testigos o entre estos y las partes), 177.2 (indica que luego de emitido un dictamen pericial a pedido de parte, el tribunal puede disponer de oficio que se reciba un nuevo dictamen pericial), 180 (señala que al resolver sobre los puntos que serán objeto de dictamen pericial, el tribunal podrá de oficio incluir otros diferentes), 183.3 (consagra el poder deber del tribunal de requerir del

perito propuesto por las partes las aclaraciones y ampliaciones que estime convenientes, y disponer, también de oficio, la realización de un nuevo peritaje), 186 (establece que el tribunal puede de oficio disponer una inspección de personas, lugares o cosas, con la finalidad de esclarecer hechos) y 188 (indica que el tribunal puede, de oficio, ordenar la reproducción de hechos).

A estas disposiciones se deben también añadir el artículo 193.2 y la parte final del actual numeral 4 del artículo 346, referidos a las "diligencias para mejor proveer", en cuyo ámbito, y siempre que (según la doctrina y jurisprudencia) exista algún aporte probatorio previo de la parte que aparentemente se verá beneficiada, es posible la producción de oficio de cualquier medio de prueba, excluyéndose en la teoría solamente la declaración del interesado principal por absolución de posiciones, y la declaración del interesado principal bajo juramento.

Y bien, de la enumeración de concretos medios de prueba a los que puede recurrir de oficio el tribunal, ya sea por especial mención como en los casos señalados, o por remisión indirecta en el caso de las diligencias para mejor proveer (que, como he señalado, pese a su amplitud se entiende que no admiten cualquier medio probatorio) a los que se debe agregar la norma que resulta del artículo 350.5 (que prevé un poder deber ilimitado de aportar medios de prueba en los procesos *"de carácter social"*), resulta un sentido de la ley totalmente diferente del que podría sugerir una lectura aislada y descontextualizada del numeral 4 del artículo 24. En efecto, conforme el intérprete dirija su atención a todo el CG, la conclusión a la que inevitablemente arribará será la de que el tribunal solamente puede introducir de oficio algunos medios de prueba que su articulado expresamente va enumerando (los que se amplían bastante en el caso especial de las diligencias para mejor proveer y, como veremos, aún más en el caso de los procesos de carácter social), quedando así excluida, por ejemplo, la posibilidad de que el tribunal tenga la iniciativa para la introducción de pruebas documentales, de prueba por informe, o de prueba pericial si antes la misma no fue solicitada por las partes; claro está, siempre que no se trate de prueba dispuesta por la vía de diligencia para mejor proveer, en cuyo particular caso la limitación se restringiría solo a la declaración de interesado principal por absolución de posiciones, y a la misma declaración bajo juramento (y siempre que haya existido al menos alguna proposición previa de medios de prueba sobre ello por las partes).

Y, entonces, ese mismo intérprete entenderá que el numeral 4 del artículo 24 (como por demás lo señala explícitamente el artículo 25.2 al establecer el poder-deber del tribunal de "*averiguar la verdad*", pero empleando para ello las "*facultades y poderes que le concede este Código*", o sea los concretos y

específicos poderes que permitiéndole producir prueba de oficio resultan de los muchos artículos que antes hemos citado) no autoriza al tribunal a introducir de oficio cualquier medio de prueba, sino que solamente indica la existencia de un poder-deber abstracto suyo para disponer de oficio la producción de los concretos medios de prueba que distintos artículos del Código le van autorizando a introducir de esa forma. Ahora bien, dado que también se ha intentado fundar esta conclusión a la que llegamos (y en el caso de algún autor fundar incluso la contraria) en lo que disponen los artículos 139.1, 139.2, 339.4, 340.3, 193.2 y 25.2, como ya tuve oportunidad de señalar en anteriores trabajos a los que me remito (Abal, 1995b, pp. 197-201), no es en tales disposiciones que se puede fundar la misma (ni menos aún una conclusión diversa), sino solamente en lo expresado en los dos párrafos anteriores. Expresado esto debo aclarar que distinta a la precedente debe ser la conclusión sobre cuáles medios de prueba puede producir de oficio el tribunal, según nuestra actual legislación, cuando se trata de los procesos que el artículo 350 del Código denomina “de carácter social” (procesos de familia, laborales, agrarios y quizá otros como los correspondientes a “intereses difusos”, etc.).

Como según también ya he fundado ampliamente con anterioridad (Abal, 1995b, pp. 195-197), de acuerdo con lo que dispone el artículo 350.5 del CGP (ratificado para los procesos de materia laboral en el artículo 1 de la Ley 18.572), en estos procesos el tribunal podrá producir de oficio todos los medios de prueba que estime admisibles, pertinentes, conducentes y necesarios, sin limitación de clase alguna en cuanto a la clase (salvo respecto a la declaración de interesado principal por absolución de posiciones y a la declaración del mismo sujeto bajo juramento, porque al disponer de oficio producir estos medios de prueba —dado que su misma formulación implica asumir una posición sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes respecto a la existencia de los hechos— dejaría demasiado en evidencia la falta de imparcialidad que en algún grado siempre afecta al tribunal cuando este ejerce alguna iniciativa probatoria).

La solución para esta clase de procesos —que en el momento de proyectarse el Código fue una clara solución de compromiso— la entiendo altamente criticable, y se repite en la también muy criticable legislación que actualmente regula en Uruguay las especialidades del proceso de materia laboral. Como ya señalé, en lugar de esta solución que torna prácticamente como no jurisdiccional al proceso, lo que corresponde es que la comunidad ponga buenos abogados a disposición gratuita de la parte supuestamente más débil, consagre una mayor participación al Ministerio Público, y/o establezca a través de la ley razonables presunciones a favor de esa parte que se supone más débil. Pero no corresponde elegir el camino más fácil de quebrar la imparcialidad del juez, y

en definitiva terminar tornando al proceso como un procedimiento de naturaleza quizá administrativa y no como el proceso jurisdiccional que debería ser.

B. *¿La iniciativa probatoria del tribunal se encuentra limitada en el derecho procesal de Uruguay por la exigencia de un previo aporte probatorio de los interesados principales?*

Se ha dicho, en relación con el proceso en general, que aun cuando los interesados principales no hayan realizado aporte probatorio, el tribunal puede disponer, de oficio, la producción de algunos de los medios de prueba que hemos visto en el apartado anterior. Sin embargo, oponiéndose a ello, se ha señalado que la actividad del tribunal al respecto solamente puede ser complementaria a la desarrollada por los interesados principales.

Por mi parte he entendido que en lo que hace a la necesidad de una previa iniciativa probatoria de estos últimos, como presupuesto habilitante de la producción de pruebas por iniciativa del tribunal, al margen de su valoración, la solución que consagra el CGP varía, según cuál sea el medio de prueba que se esté considerando.

Si dirigimos entonces la atención al interrogatorio libre del interesado principal —medio de prueba que puede ordenarse de oficio conforme lo indican el numeral 5 del artículo 24 y los artículos 148.1 y 149.2— es fácil advertir que para disponerlo de oficio, el tribunal no se encuentra limitado por la existencia o inexistencia de alguna previa iniciativa probatoria de los interesados principales. Por ende, en cualquier proceso el tribunal se encuentra habilitado para interrogar a las partes cuando todavía estas no hayan ejercido ninguna actividad probatoria previa que incluya este medio de prueba.

Diferente es la situación cuando se considera a la prueba por interrogatorio de testigos, la cual conforme con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 24, y por los artículos 160.2 y 161 el tribunal también puede disponer de oficio, pero en su caso siempre que el testigo citado haya sido previamente propuesto, o al menos haya sido señalado como posible testigo por alguna de las partes o por un tercero, o cuya posible declaración testimonial resulte indicada por algún otro medio de prueba ya producido en el proceso. En efecto, cuando el numeral 5 del artículo 24 se refiere a "los" testigos indudablemente está autorizando al tribunal para citar, de oficio, a "los" que ya se han introducido de alguna manera al proceso. Caso contrario dicho numeral 5 se habría limitado a señalar que el tribunal puede disponer en cualquier momento la presencia "de testigos", sin intercalar entre la proposición "de" y el sustantivo "testigos" el artículo "los", artículo que gramaticalmente remite a personas que ya se

encuentran individualizadas de alguna manera en el proceso concreto del que se trata. Tal significación aparece confirmada si se atiende a lo que dispone el artículo 160.2 del mismo Código.

En consecuencia, un testigo no puede ser citado por el tribunal para declarar, a menos que previamente haya sido individualizado en el proceso como tal por los interesados principales o por terceros (como puede ser otro testigo), o inclusive por un "parte policial"; se debe recalcar que, a nuestro juicio, lo único que se exige es que "el" testigo citado de oficio para ser interrogado ya haya sido señalado en el proceso como una posible persona que pueda deponer útilmente en tal calidad.

En cuanto a la prueba por "careo" entre testigos —que según el artículo 162 del Código el tribunal también puede disponer de oficio— es natural que solo pueda tener lugar entre testigos que ya declararon anteriormente en el proceso. Ello necesariamente conduce a concluir que la resolución del tribunal disponiendo de oficio tal careo necesariamente deberá haber estado precedida por una actividad probatoria que haya introducido a dichos testigos en el proceso.

Respecto de la prueba por informe pericial, tampoco es enteramente libre la iniciativa del tribunal puesto que es evidente que para poder disponer de oficio la realización de un "nuevo" peritaje o su ampliación o reiteración, es preciso que previamente los interesados principales hayan solicitado su realización.

Ninguna de las normas que regulan el peritaje en el CGP (numeral 5 del artículo 24, respecto de cuya interpretación son trasladables las mismas conclusiones realizadas párrafos antes al analizar la prueba testimonial, y artículos 177.2, 180 y 183.3) autoriza al tribunal a disponer de oficio un peritaje, si no medió una previa iniciativa de los interesados principales respecto de este medio de prueba.

En cambio, no se encuentran condicionadas por una previa actividad o iniciativa probatoria de los interesados principales ni la inspección de personas, lugares y cosas que el artículo 186 autoriza a disponer de oficio, ni tampoco la reproducción de hechos que también autoriza a disponer de oficio el artículo 188 o la prueba por interrogatorio de parte bajo juramento respecto de los daños sufridos.

Distintas son las conclusiones cuando los medios de prueba son dispuestos de oficio por el tribunal a través de las "diligencias para mejor proveer" reguladas expresamente por el artículo 193.2 y el numeral 5 del artículo 346 (en el

primer caso, para todo proceso; en el segundo, para la segunda instancia del proceso extraordinario). Y ello es así porque la expresión diligencias para mejor proveer tiene un significado muy específico que ha sido constantemente aceptado en nuestro país, y que implica la posibilidad de que el tribunal pueda disponer de oficio la producción de casi todo medio de prueba (excluyéndose notoriamente los interrogatorios de un interesado principal a través de *"absolución de posiciones"* y bajo *"juramento"*), pero solamente como "complemento" de los medios de prueba ya aportados precedentemente al proceso por iniciativa de los interesados principales.

En el caso de que la producción de medios de prueba por iniciativa del tribunal se plantee en uno de los procesos llamados "de carácter social" las conclusiones son notablemente distintas, y van desde que lo que justamente distingue "los poderes de instrucción del juez en el sumario penal" (a los que accede el juez en esta clase de procesos según el artículo 350.5 del CGP, y para los procesos de materia laboral también conforme al artículo 1º de la Ley n.º 18.572) de los poderes de instrucción que el tribunal tiene en cualquier proceso; es precisamente la posibilidad de disponer, de oficio y sin limitación alguna en este sentido, la producción de cualquier medio de prueba respecto de las afirmaciones sobre la existencia de hechos que se encuentran en el objeto de la prueba del concreto proceso de carácter social de que se trate.

En consecuencia, en estos procesos y a diferencia de lo que sucede en general, el tribunal tiene el poder-deber de disponer por sí mismo los medios de prueba con total independencia de los que puedan haber solicitado o no previamente las partes.

C. *¿En el derecho procesal de Uruguay la iniciativa probatoria del tribunal puede ser ejercida en cualquier momento*?

Dejando de lado las diligencias para mejor proveer que tienen un momento muy preciso para su ordenamiento y producción, se debe concluir que los concretos medios de prueba que autoriza el Código pueden disponerse de oficio por el tribunal en cualquier momento de la primera instancia, con dos precisiones: a) que de acuerdo con lo ya expuesto, cuando se trata de algunos de esos medios de prueba el tribunal no puede ejercer su iniciativa probatoria sin una actividad previa que resulte del proceso (en particular, testigos, peritos y careos), y b) que cuando concluye la audiencia complementaria (o la única audiencia si fuere el caso), ya no es posible que se produzcan de oficio medios de prueba, salvo a través de diligencias para mejor proveer (o luego en la etapa de liquidación de sentencia, particularmente en cuanto a la prueba por interrogatorio de parte bajo juramento sobre la estimación de los daños).

En cuanto a la posibilidad de disponer de oficio la producción de medios de prueba en la segunda instancia, deberá estarse para el diligenciamiento a lo que dispone el artículo 344.3, lo que permite concluir que esa iniciativa probatoria de oficio debe emplearse antes o durante la audiencia de la segunda instancia, pero nunca después de ella (salvo, nuevamente, que se trate de diligencias para mejor proveer).

Con respecto a los procesos "*de carácter social*", dada la amplitud de la expresión que emplean el artículo 350.5 del CGP y, en su caso, el artículo 1.º de la Ley 18.572 sobre los procesos de materia laboral, debe concluirse que el tribunal no se encuentra limitado en la iniciativa probatoria que el Código le otorga, ni siquiera por los límites temporales señalados precedentemente para los procesos en general.

D. *¿La iniciativa probatoria del tribunal se encuentra limitada en el derecho procesal de Uruguay por el objeto del proceso?*

Aun para quienes entre nosotros postulan el activismo procesal (de los jueces), el tribunal se encuentra limitado en cuanto a su iniciativa probatoria por el objeto del proceso. Se trata, en efecto, de que al no poder el tribunal incorporar de oficio al objeto del proceso la existencia de ningún hecho que pudiere fundar la requisitoria que debe resolverse, carece absolutamente de utilidad el que el mismo pudiere disponer la producción de medios de prueba sobre tal hecho (medios de prueba que si los hubieren propuesto las partes serían rechazados por "manifiestamente impertinentes").

Como se advierte, si el tribunal no se va a poder pronunciar sobre hechos que los interesados principales no han introducido en el objeto del proceso, carece de sentido que pueda ordenar de oficio la producción de medios de prueba sobre esos mismos hechos.

En realidad, solamente un sistema procesal con proyecciones inquisitivas —y contrario por ello al carácter propiamente jurisdiccional que en el mismo debe tener un tribunal— podría permitir al tribunal introducir hechos al objeto del proceso y, como consecuencia de ello, habilitarlo a producir pruebas sobre estos hechos. Nuestro sistema procesal (el general, pues aún subsisten rasgos fuertemente inquisitivos en otros procesos, como por ejemplo el penal o el aduanero), claramente no tolera está posibilidad.

Cuando se considera este punto en relación con los procesos "de carácter social" nada cabría añadir a lo expresado precedentemente.

Sin embargo, se ha dicho, por ejemplo por Jardí (Jardí, M. 1989, p. 47), que

> El juez no puede aportar hechos al proceso, sus facultades probatorias se acrecen, pero solo sobre los hechos aportados por las partes al proceso. Sin embargo, tratándose de determinadas pretensiones, el aspecto inquisitivo se aumenta ya que permite al juez aportar hechos al proceso. (…) Al otorgarse al juez los poderes del juez del sumario penal, se entiende que no solo se otorgan al juez las facultades de aportar prueba de hechos llegados al proceso por las partes, sino además la posibilidad de que el juez realice también ese aporte de hechos.

En mi opinión y prácticamente la de la casi unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia de Uruguay, tal afirmación implica un grave error en la interpretación de las disposiciones del caso.

Cuando el artículo 350.5 del CGP otorga al tribunal que interviene en esta clase de procesos los mismos poderes "de instrucción" que tiene un juez en el sumario penal, no se refiere a una posibilidad que también tendría en nuestro muy mal proceso penal actual dicho juez de asumir de oficio el objeto (los hechos) que estime conveniente, sino a la posibilidad que tiene ese juez de disponer de oficio la producción de medios de prueba sin limitación alguna (conforme con el artículo 350.5 citado se trata solamente de los poderes "*de instrucción*", y no de algo diferente como sería la posibilidad que en el presumario y sumario todavía tienen nuestros jueces penales de tramitar un proceso sobre hechos que el mismo juez puede llegar a determinar de oficio, vale decir aún sin que se lo solicite el fiscal).

E. *¿La iniciativa probatoria del tribunal se encuentra limitada en el derecho procesal de Uruguay por el objeto de la prueba?*

Ya hemos visto que el tribunal no puede, ni aun en los procesos de carácter social, ampliar más allá del objeto del proceso el elenco de hechos sobre los cuales se va a desarrollar la iniciativa probatoria que limitadamente el Código de Uruguay le otorga. Es más ¿será posible que su iniciativa probatoria se refiera a hechos que integran el objeto del proceso pero no el objeto de la prueba?

La respuesta a esta pregunta solamente puede ser una: resulta impertinente cualquier medio de prueba que se proponga para controlar la existencia de hechos que no integren el objeto de la prueba (de eso trata precisamente el control de "pertinencia" de los medios probatorios). Por lo tanto, también sería impertinente un medio de prueba con tales características, aunque sea dispuesto por el tribunal.

En consecuencia, en el proceso en general la iniciativa probatoria que limitadamente otorga el CGP al tribunal deberá ejercerse sobre hechos que integren no solamente el objeto del proceso, sino también el objeto de la prueba del concreto proceso de que se trate.

En este marco del objeto de la prueba, ¿puede (y en todo caso debe) el tribunal disponer prueba sobre hechos alegados por los interesados principales en sus demanda y/o contestación, pero sobre los cuales ellos no solicitaron la producción de medios de prueba? Para responder a esta pregunta, y pese a que lo que se dirá a continuación contradice una concepción "garantista" del proceso (pues puede concluirse que en parte el CGP efectivamente la contradice), deberá estarse a lo que se concluyó en apartados precedentes, y conforme con ello debería expresarse que tratándose de hechos que se encuentren en el objeto de la prueba, y aunque nada hayan propuesto las partes para probarlos, el tribunal debería ejercer la iniciativa probatoria que le otorga e impone nuestro Código vigente, pero siempre que los medios de prueba que dispone producir de oficio se encuentren entre aquellos que está autorizado a disponer de esa forma, y siempre que los disponga cuando previamente medió alguna iniciativa probatoria de las partes al respecto, y que los disponga en los momentos del proceso en los que según hemos visto los puede disponer.

¿Las conclusiones a que hemos arribado en el apartado precedente son trasladables a supuestos de procesos "*de carácter social*"? Si bien en los procesos sobre materia indisponible el objeto de la prueba es amplísimo, no necesariamente un proceso de carácter social es un proceso sobre materia indisponible; mas, en todos los casos debe concluirse que la regla a su respecto es la misma que para los procesos en general: la iniciativa probatoria del tribunal se encuentra siempre acotada a los hechos que integran el objeto de la prueba, y esta regla no puede ser violentada ni siquiera en los procesos de carácter social (aún cuando en ellos, según acabamos de señalar, muchas veces ese objeto de la prueba —por ser en tales casos también procesos sobre materia indisponible— sea mucho más amplio de lo normal).

## 2. El deber de colaboración de las partes

El artículo 5 del Código General del Proceso de Uruguay regula los principios de "buena fe" y "lealtad procesal", a los que por la Ley 19090 de 2013 se añadió en el texto del acápite la regla de la "colaboración" procesal. Antes de esta reforma general del Código concretada con la ley de referencia se discutió mucho acerca del alcance del llamado "deber de colaborar" de las partes. Parte de la doctrina

sostenía que de varias disposiciones del Código resultaba un deber genérico de "colaborar" con el tribunal, y particularmente un deber de colaborar a través del aporte y la producción de medios probatorios. Y ese supuesto deber se invocaba como uno de los principales sustentos de la llamada "Teoría de las cargas probatorias dinámicas".

Otra parte de la doctrina, entre la que junto a ilustres procesalistas me incluía, sostenía que no existía consagrado en nuestro derecho este deber genérico de colaborar y, en particular, que no existía ninguna regla que impusiera a las partes colaborar con el aporte de medios probatorios que podrían ir contra sus propias alegaciones. Para este entendido solamente existía una carga de las partes y un deber de los terceros de colaborar en la concreta "producción" (o práctica, diligenciamiento, agregación, asunción) de los medios de prueba; carga y deber que, además, no eran genéricos sino que hasta la sanción de la nueva Ley 19090 se referían solamente a supuestos específicos como los previstos en los artículos 168, 189, 191 del Código.

Con el nuevo texto del artículo 5.º aprobado por el parlamento a mí se me confirma esta segunda interpretación. Se trata, efectivamente, de que al margen de que la solución sobre la carga de colaborar de las partes pudiere estimarse, o no, conveniente de acuerdo con las previas discusiones de la dogmática y la jurisprudencia al respecto, creo que lo que importa —en definitiva lo único que puede y debería importar— es lo que al sancionarse la Ley 19090 se quiso aprobar, y que conforme al texto de la disposición y a sus antecedentes, efectivamente se aprobó por el poder legislativo.

A efectos de una mejor comprensión de ello debemos tener presente que para el nuevo segundo inciso del artículo 5, la Suprema Corte de Justicia había propuesto al parlamento un texto (texto propuesto contra la opinión del Instituto de Derecho Procesal), en el que no se hacía ninguna referencia al artículo 142 del Código, artículo este que justamente es el que regula la "*producción*" de las pruebas. Es más, la delegación de la Suprema Corte fundaba su propuesta al Parlamento (propuesta que además de no incluir la remisión al artículo 142 incluía una parte final del nuevo inciso tercero que, como veremos, fue explícitamente rechazada por el poder legislativo), en que:

> La modificación responde a la necesidad y conveniencia de reforzar uno de los principios básicos del CGP explicitando los alcances consolidados en doctrina y jurisprudencia. Desde el invalorable aporte de Couture, aquella máxima de que nadie puede ser obligado a suministrar pruebas contra sí mismo (nemos tenetur aedere contra se) ha dejado lugar a una regla civilizadora que atiende a la lealtad y buena fe del litigante, a quien no se le requiere que ayude a su adversario, sino a la justicia: no se lo obliga a

> suicidarse desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información dirigida al juez.

Sin embargo, como ya señalé, rechazando precisamente ese punto de vista, y para que la carga de colaboración de las partes quede limitada exclusivamente a la prueba —y dentro de ella solamente a la "*producción*" de las pruebas— no extendiéndose por ejemplo al aporte de medios de prueba (como lo postula la llamada "teoría de las cargas probatorias dinámicas") el Parlamento, en forma expresa, resolvió añadir a este nuevo segundo inciso una referencia concreta al artículo 142 del CGP (artículo que justamente lo que regula es solo la producción de los medios de prueba). Y a ello, como veremos, se agrega que el mismo poder legislativo —justamente para reafirmar que la carga de colaboración de las partes se limita a la "*producción*" de los medios de prueba y no a su aporte— eliminó la parte final del texto propuesto por la delegación de la Suprema Corte de Justicia para el nuevo tercer inciso.

Entonces, para delimitar el alcance de la carga de colaborar en la producción de los medios de prueba —y nuevamente, no en su proposición o aporte— el actual artículo 142 del Código al que se remite el artículo 5.° dispuso que esa carga de colaborar se circunscribe a la "producción" de los medios probatorios: "Las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber generará una presunción simple en su contra, sin perjuicio de las disposiciones previstas para cada medio probatorio".

Por otro lado, y como ya adelanté, si aún así pudiere quedar alguna duda al momento de interpretar el nuevo texto de la ley, también debe tenerse presente que el siguiente nuevo tercer inciso agregado por la Ley 19090 al artículo 5.º del CGP no hace sino ratificar este, a mi entender, inequívoco sentido de la disposición votada por el poder legislativo (votada con esa expresa intención, tal cual surge de los antecedentes): "El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley" (es decir, las previstas "en cada caso" y no otras, y solo están previstas consecuencias para la falta de colaboración en la producción de los medios de prueba).

Finalmente, para terminar de abonar el sentido de estas disposiciones resulta absolutamente importante recordar que en la originaria propuesta de la Suprema Corte de Justicia respecto del nuevo tercer inciso del artículo 5º se expresaba —contra la opinión del Instituto de Derecho Procesal— que el incumplimiento del deber de buena fe, lealtad y colaboración tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley (como reza el texto aprobado), pero agregando "y, si fuere imputable a las partes, será valorado en su contra" (por lo que para los terceros que no colaboraran el incumplimiento tendría las consecuencias previstas en cada caso por la ley, pero para las partes ese incumplimiento del deber genérico

de colaborar —pues para la Suprema Corte de Justicia debía ser un "deber genérico" y no limitado a la "producción" de los medios de prueba— tenía como consecuencia una "valoración en su contra" con lo cual, agrego, técnicamente se quería aludir a una presunción simple en su contra).

Esta frase final propuesta para el nuevo tercer inciso por la Suprema Corte pretendía de esta manera consagrar una carga amplísima de colaboración, por las partes, en todas las fases de la actividad procesal, incluso, hasta más allá de la actividad probatoria, carga que de no ser atendida tendría como consecuencia una presunción (simple) en su contra. Pero, precisamente por ello, por no estar de acuerdo con tal carga amplísima de colaborar, así como en el nuevo inciso segundo se añadió la concreta referencia al artículo 142 del Código, en el tercer inciso del artículo 5 fue suprimida del texto por el parlamento (la que decía "y, si fuere imputable a las partes, será valorado en su contra").

Por lo tanto, dada la remisión al artículo 142, hecha en el inciso segundo de este artículo 5º del Código, y por lo que en definitiva dice el inciso tercero aprobado por el poder legislativo (sin su parte final propuesta por la Suprema Corte), para la ley vigente lo único que queda en cuanto al incumplimiento del deber de colaborar es que nacerá en contra de la parte una presunción simple cuando ella no colabore en la "producción" de los medios de prueba (y no en cualquier otra actividad procesal).

En definitiva, entiendo que con la nueva formulación del artículo 5.º aprobada por el poder legislativo a través de la Ley 19090 el deber de colaborar (de las partes y de los terceros) se refiere solamente a la "producción" de los medios de prueba (y por ello no incluye la proposición de medios de prueba), y su incumplimiento (por la partes o por los terceros) acarrea solo las consecuencias previstas específicamente en la ley para cada caso.

Tratándose de las partes esa consecuencia prevista específicamente por no cumplir ("incumplimiento injustificado") con la carga de colaborar en la producción de cualquiera de los medios de prueba es el nacimiento de una presunción simple en su contra (artículo 142), sin perjuicio de que las partes no colaboren en la producción concreta de ciertas pruebas, pues eso mismo ya estaba previsto en algunos textos originales del C. G. P. (así en el artículo 168 por no agregarse por la parte los documentos cuya agregación al proceso le ha sido requerida por el Tribunal, y en el artículo. 189.3 por no colaborar en la realización de las inspecciones, reconstrucciones y pericias). Tratándose de terceros, esa consecuencia prevista específicamente por no cumplir con el deber de colaborar en la producción de las pruebas no es la prevista en el artículo 142 (artículo que refiere solo a las partes), sino en otras disposiciones del Código, como por ejemplo en los artículos 189.1 y 191.

## 3. La teoría de las "cargas probatorias dinámicas"

Conforme ya explicó hace años García (2005):

> Ni las cargas probatorias dinámicas son una teoría moderna ni tuvieron su origen en Argentina. La manifestación más antigua de la teoría data de 1823, y fue expuesta por el inglés Jeremías Bentham. (…) Por lo tanto, la teoría tiene poco más de 180 años y su origen es europeo. El instituto, lejos de quedarse en suelo británico, cruzó aguas septentrionales y llegó a la Europa continental, principalmente a Alemania. Gracias a un hallazgo de Arazi, podemos situar en 1933 un antecedente nacional, ya que un proyecto de reformas del Código Civil de ese año formulaba en su artículo 1154 el interés sobre las situaciones de las partes litigantes a fin de determinar el sentido de la carga de la prueba. Del año 1957 data el primer antecedente jurisprudencial conocido, donde se impuso el *onus probandi* sobre quien se encontraba en mejores condiciones fácticas de aportar la prueba, y proviene de la Corte Suprema Nacional en la causa 'Perón, Juan D.

En cualquier caso, refiriéndose a las llamadas "*cargas probatorias dinámicas*" De Los Santos (1993, pp. 29-30) expresa que:

> Después de algunas decenas de años asistimos a una reacción que se vincula a la entronización del valor eficacia del proceso y que, en la consecución de ese objetivo —sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que se presentó en los siglos XVII y XVIII— confía al juez la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa y razonable, aunque demandándole que se mantenga, para llegar a ello, dentro de los límites de lo que su sistema de derecho le autoriza a hacer. Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, con lo que se acredita la importancia de la jurisprudencia y se convierte al juez en el auxiliar y complemento indispensable del legislador, aproximando la concepción continental del derecho a la concepción anglosajona regulada por la tradición del *common law*. Así es como se ha elaborado doctrinariamente la regla de las cargas probatorias dinámicas, morigerando la rigidez de las reglas contenidas en los códigos procesales vigentes, la que ha merecido la aceptación generalizada de la jurisprudencia y de la doctrina.

Y añade más adelante la misma autora (De Los Santos, 1993, p. 32):

> En su mérito se sostiene que, sobre la base de la adecuada ponderación de las circunstancias de cada caso, las cargas probatorias deben desplazarse de

> actor a demandado o viceversa, según correspondiere, meritando quien se encontraba en mejores condiciones de probar un hecho controvertido y no lo hizo, así como las razones por las que quien tenía la carga de probar no probó. De allí que deba evaluarse -conforme a las particularidades del caso- la conducta observada por las partes o la quiebra del deber de colaboración, haciéndolo jugar contra el infractor.

En esta misma línea conceptual, y a modo de ejemplo, el nuevo Código Procesal de Colombia ha incorporado un artículo 167 que expresa lo siguiente:

> Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición departe, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar, en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Frente a esta teoría, que hasta hace un tiempo había recogido el apoyo de varios autores y de parte de la jurisprudencia (así, entre nosotros, por ejemplo, Véscovi, Klett, Pereira, Van Rompaey y Reyes, y aunque ahora entendiendo que el tribunal debería advertir de alguna forma a las partes que se va a aplicar esta teoría, nuevamente Véscovi, Klett y Pereira junto a De Hegedus, Cardinal y Simón) se presenta otra corriente de pensamiento que la rechaza terminantemente (así, por ejemplo, Barrios De Angelis, Varela Méndez, Guerra, Stipanicic y Valentín).

Por mi parte he entendido que para considerar su legitimidad debe realizarse un doble análisis: en primer lugar, debe observarse si esta teoría encuentra sustento en nuestra legislación; y en segundo lugar, y si tenemos una respuesta afirmativa de la primera pregunta, si ella no sería violatoria de la Constitución.

Respecto a lo primero, y naturalmente exponiendo los argumentos solamente en forma sintética, debe entenderse que la teoría de las cargas probatorias dinámicas contraría nuestra legislación positiva (a diferencia de lo que conforme a la transcripción realizada párrafos antes ahora sucede, por ejemplo, en Colombia).

En efecto, atender a esta supuesta regla de las cargas probatorias dinámicas, que deja en manos del tribunal decidir en cada caso concreto, y recién al momento de sentenciar, cuáles son en caso de duda sobre su veracidad las afirmaciones de las partes que se tendrán por ciertas, significa dejar de lado el texto expreso de la ley, "flexibilizándolo" como se suele señalar, en forma que las normas vigentes verdaderamente no toleran.

Efectivamente, el artículo 139.1 del CGP establece claramente —aunque lo haga dirigiéndose a las partes— que en caso de quedar una duda en el tribunal, luego de efectuada la valoración de las resultas de los medios de prueba y de las presunciones judiciales, el mismo debe tener por ciertas o no ciertas las afirmaciones sobre la existencia de los hechos atendiendo a si los mismos son constitutivos de la pretensión, o modificativos, impeditivos o extintivos de la misma. Sostener que debe ser dejado de lado lo que concluyentemente y sin condiciones dispone este artículo 139.1 CGP, para atender a una regla diversa que no se encuentra formulada en disposición positiva alguna, no parece compadecerse en el caso con ninguna interpretación o aun integración normativa admitida por nuestro derecho.

Se ha alegado, sin embargo, que tal regla se deduciría de los principios de buena fe y lealtad procesal (y ahora "*colaboración*") consagrados en el artículo 5.° del CGP. Empero, en nuestro sistema procesal, no puede derivarse de estos principios la existencia de una regla general conforme a la cual las partes tienen la carga o el deber de colaborar en el "aporte" de medios probatorios (véase problema planteado ut supra 5.3.), regla que si existiera y no fuera respetada al aportar medios probatorios, en el supuesto de duda sobre la existencia de un hecho impondría al tribunal la necesidad de resolver en contra de quién la violó. Y no es posible aceptar que exista tal regla, porque además de contrariar ahora abiertamente la nueva redacción de los artículos 5.° y 142.2 del Código, dada por el poder legislativo (rechazando la carga de "aportar" medios de prueba contrarios al propio interés), ella también contradiría la norma que claramente resulta del artículo 139.1 del CGP.

Se decía, sin embargo, que existirían al menos dos disposiciones que establecen concretamente ese deber de aportar medios de prueba: los artículos 168 y 189.3 del Código. No obstante, parece bien claro que en ambos casos se trata de normas que se refieren a situaciones excepcionales, y que como tales, de acuerdo con la teoría general del derecho deben ser interpretadas en forma restrictiva. Por otra parte, carecería de sentido que el legislador hubiera contemplado estos dos casos singulares, si paralelamente entendía que existía una regla general que ya las comprendía (regla que establecería el deber de colaborar con el aporte de medios probatorios). Y en especial y tal cual lo ha destacado Valentín, en particular con respecto al artículo 189.3 debe añadirse que nada tiene que ver la regla que él

dicta con las cargas probatorias, puesto que de ninguna forma se refiere al "aporte" de medios probatorios (aporte con el cual se satisfaría la supuesta carga), sino a la "producción" de medios probatorios ya aportados al proceso (para lo cual, tratándose de inspecciones, reproducciones o pericias, esa disposición solamente establece un deber de colaboración de las partes en la producción de los mismos).

Con la nueva redacción de los artículos 5.° y 142.2, dada por el poder legislativo a través de la Ley 19090, y que ya he analizado detenidamente, pareciera que ya no puede dudarse de que esta interpretación queda totalmente descartada: conforme a la voluntad explícita del legislador (explícita en el texto y claramente explícita en los antecedentes parlamentarios) la carga de colaborar de las partes queda circunscripta exclusivamente a la "producción" de los medios de prueba y no a su aporte.

Empero, conforme ya he transcrito párrafos antes citando a De Los Santos, se ha manifestado también que la aplicación de esta regla significaría confiar al juez:

> [...] la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa y razonable (...). Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, con lo que se acredita la importancia de la jurisprudencia y se convierte al juez en el auxiliar y complemento indispensable del legislador (...).

En otras palabras, también se decía que esta regla de las llamadas cargas probatorias dinámicas encontraría su fundamento en que el tribunal debe resolver el objeto del proceso atendiendo a la "equidad". Sin embargo, este fundamento que aparece como esencial para la consagración de la teoría en análisis, contraría frontal y radicalmente lo que dispone, expresa, y diría tajantemente, el artículo 25.1 del Código, y que se encuentra explícitamente corroborado por el artículo 199 del mismo CGP (salvo para cuando se trata de procesos arbitrales: numeral 5 del artículo 477 del CGP): "El tribunal (...) solo podrá fallar por equidad en los casos previstos en la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten".

Se había alegado, asimismo, para postular la supuesta vigencia de esta regla, lo que, por cierto en forma confusa, señala el último párrafo del artículo 139.2, y a lo cual ya hicimos referencia. Más, como ya se ha anotado, por ejemplo por Valentin (2008, p. 738), en ese artículo lo que se señala es que al valorar las resultas de la prueba (lo que en principio se hará siguiendo las reglas de la "*sana crítica*"):

> El juez deberá apreciar las omisiones o deficiencias de la prueba. Pero de ninguna manera establece que el juez deberá valorar quién estaba en

> mejores condiciones de probar para considerar un hecho como probado. Aun a riesgo de agotar al lector, reitero que la actividad de valoración es un precedente de la aplicación de la regla que indica quién tenía la carga de probar: primero el tribunal valora la prueba, con base a las reglas de la sana crítica (mezcla de lógica y experiencia, como enseñaba Couture) apreciando las omisiones o deficiencias probatorias; segundo, si valorada la prueba no arriba a la plena convicción de la existencia de uno o varios hechos, aplica la regla del artículo 139.1, teniendo ese hecho como inexistente, con el consiguiente perjuicio para la parte que se hubiera beneficiado con su acreditación.

Por otra parte, aun si se quisiera interpretar esa última frase del artículo 139.2 del Código, como dirigida no a los defectos en orden a acreditar la verdad de las afirmaciones que deben tenerse presentes al valorar las resultas de los medios de prueba y las presunciones judiciales, sino —aunque no lo exprese— a las omisiones de las partes en el cumplimiento de un deber de colaborar con el aporte de medios probatorios (aún cuando sean contrarios a su interés), ella no podía ni puede entenderse como una regla general, sino que debería y debe entenderse como una advertencia dirigida al tribunal para que preste atención a todos aquellos supuestos, en los que —especial y concretamente— se impone por la ley a las partes tal deber (o simplemente carga), como son los ya indicados de los artículos 142.2, 168 o 189.3 del CGP (aunque en el primero y en el último la norma se refiere claramente a la "*producción*" y no al "aporte" de medios de prueba), o en el artículo 65 del Decreto Ley 15524.

Ahora bien, entrando al análisis de la segunda cuestión vinculada a las cargas probatorias dinámicas, para lo cual —hipotéticamente— deberíamos suponer que la regla de las cargas probatorias dinámicas pudo llegar a estar en algún momento y de alguna manera (antes de la Ley 19090) legalmente consagrada en nuestro derecho, entiendo, junto a prestigiosa doctrina, que solo sería posible concluir que si así hubiera sido ella habría estado consagrada en normas inconstitucionales.

Se trata, en síntesis, de que la existencia de semejante regla sobre la carga de la prueba, que impondría aportar medios de prueba aun contra el propio interés, no solo no encuentra apoyo en ninguna disposición del CGP, y contraría lo que ahora ha indicado el legislador explícitamente a través de los artículos 5 y 144.2 del Código en redacción dada por la Ley 19090, sino que si la misma existiera configuraría una flagrante violación del derecho constitucional al debido proceso (además de una violación de lo dispuesto en el artículo 18 de la Carta sobre predeterminación legal del proceso); ello, necesariamente comprende la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, que nunca podría ejercerse si las reglas que debían cumplir los interesados durante el proceso, recién las establece el tribunal al final del proceso.

De aceptarse la legitimidad de esta teoría naturalmente sucedería a menudo (para desánimo de una parte y alegría de la otra) que al sentenciar el tribunal resolviera "invertir" las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 139.1 C. GP, las cuales, con toda lógica y derecho, eran la que las partes esperaban que se aplicaran al momento de sentenciar, y que teniéndolas presentes fueran las que guiaran todas las actuaciones a lo largo del proceso.

Tal cual (aun partiendo de posiciones opuestas en cuanto al "activismo procesal") coincidentemente expresaron Adolfo Alvarado Velloso y Michele Taruffo en sus conferencias brindadas en 2009 en la facultad de Derecho de la Universidad de la República, que aceptar la existencia de una regla que recoja las cargas probatorias dinámicas, "implicaría aceptar que un juez de fútbol pudiera establecer o aun cambiar las reglas del juego luego de jugado el partido, y eso, para el Derecho, es inaceptable".

Y para concluir al respecto, y sin perjuicio de reiterar que no parece posible sino entender que con la Ley 19090 el Legislador buscó —expresamente— confirmar que esta teoría no es de aplicación en nuestro derecho procesal, me permito transcribir precisamente a Taruffo (2008, pp. 153-154), autor que tajantemente expresa que:

> En muchos casos los tribunales hacen a un lado, modifican, adaptan o incluso subvierten las normas y los principios legales que determinan la carga de la prueba cuando resuelven causas específicas. En realidad, parece que a menudo los tribunales no se sienten vinculados por esas normas y principios; más bien parece que creen tener la facultad de manipular y ajustar discrecionalmente los criterios jurídicos que rigen la carga de la prueba. Por ello, muchas presunciones judiciales son creadas por los tribunales sin ninguna vinculación a disposición legal alguna (…) La situación es, en cambio, diferente en los sistemas del *civil law*, donde son también frecuentes las presunciones creadas por los tribunales, pero este fenómeno puede ser criticado simplemente porque no hay ninguna disposición que les confiera la facultad de manipular cargas probatorias.

Y añade el mismo Taruffo (2008, pp. 154-155):

> Las facultades discrecionales que los tribunales crean para sí mismos no son fáciles de explicar ni de justificar, en especial en los sistemas del *civil law*, en los que la carga de la prueba se regula específicamente mediante normas legales expresas. En realidad, es dudoso que los tribunales estén autorizados a utilizar estos mecanismos, silenciosos o manifiestos, con el fin de modificar la regulación de situaciones jurídicas específicas. En algunos casos, una decisión tomada en aplicación estricta del derecho sustantivo y de las normas que regulan la carga de la prueba puede parecer injusta,

pero cabe preguntarse si en esos casos se debe permitir a los tribunales prescindir de las normas existentes y crear su propia norma sobre el caso, manipulando las cargas probatorias para adoptar decisiones que consideren "justas", en algún sentido de la palabra. De hecho, es dudoso que los tribunales tengan esa facultad de manipular el resultado sustantivo final de causas concretas, tras la apariencia de estar ajustando los criterios sobre las cargas probatorias. Realmente, más valdría que el derecho proveyera a los tribunales y a las partes de criterios generales con los que determinen decisiones consistentes y previsibles que no se basen exclusivamente en consideraciones ad hoc para el caso específico.

# 4. Conclusiones

1. El debate existente en la doctrina respecto de la necesidad, o al menos la conveniencia, de que la búsqueda de "la verdad" o la mayor aproximación posible a ella constituya o no un elemento esencial para la resolución del tribunal, se enmarca en el debate más general respecto a cuál debe ser el rol del tribunal en el proceso y en el debate acerca de hasta dónde puede exigirse a las partes, en atención a la regla del obrar con buena fe, que colaboren con el tribunal para intentar alcanzar la verdad acerca de los hechos que forman parte del objeto del proceso. En ese debate se enfrentan las posiciones de los generalmente denominados "activistas" y los habitualmente llamados "garantistas".

   En lo que refiere a la prueba estas dos concepciones del proceso jurisdiccional tienen diferencias que se reflejan principalmente en tres áreas particularmente sensibles, las que voy a analizar a continuación para presentar las reglas que a su respecto rigen en el derecho procesal de Uruguay: la iniciativa probatoria del tribunal, el deber de colaboración de las partes y las cargas probatorias dinámicas.

2. Luego de un relevamiento doctrinario sobre la iniciativa probatoria del tribunal y aun entendiendo por mi parte que el tribunal no debería tener ninguna iniciativa probatoria so riesgo de corromper su imparcialidad, puede señalarse que este tema no está totalmente cerrado.

   Por otro lado, conforme resulta de diversas disposiciones del Código General del Proceso de Uruguay (C.G.P.) es posible afirmar, sin ningún género de dudas, que —en solución de compromiso a mi entender criticable— tanto las partes como el tribunal tienen iniciativa probatoria. No obstante lo expuesto, lo que sí ha sido y es discutido entre nosotros es si el sistema que admite

nuestro derecho procesal otorga o impone una iniciativa probatoria amplísima tanto para los interesados principales como para el tribunal, o si ella se encuentra limitada para este último.

En el derecho procesal de Uruguay la iniciativa de principio en materia probatoria la tienen los interesados principales, mas a los efectos de precisar cuál es el alcance de la iniciativa probatoria que el CGP otorga e impone al tribunal, el problema debe desagregarse en cinco preguntas que tiene que responder el intérprete cuando analiza la regulación de dicha iniciativa probatoria en nuestro Código: ¿ella le permite al tribunal aportar cualquier medio de prueba?, ¿se encuentra limitada por la exigencia de un previo aporte probatorio de los interesados principales?, ¿puede ser ejercida en cualquier momento?, ¿se encuentra limitada por el objeto del proceso?, ¿se encuentra limitada por el objeto de la prueba?

3. Respecto del deber de colaboración de las partes, el artículo 5 del Código General del Proceso de Uruguay regula los principios de "buena fe" y "lealtad procesal", a los que por la Ley 19090 de 2013 se añadió en el texto del acápite la "colaboración" procesal.

   Antes de esta reforma general del Código concretada con la ley de referencia, se discutió mucho acerca del alcance del llamado "deber de colaborar" de las partes.

   Con el nuevo texto del artículo 5.º aprobado por el Parlamento se confirma que por así quererlo los legisladores el deber de colaborar de las partes está limitado, exclusivamente, a la producción de los medios de prueba.

   Tratándose de las partes, la consecuencia prevista específicamente por no cumplir ("incumplimiento injustificado") con la carga de colaborar en la producción de cualquiera de los medios de prueba, es el nacimiento de una presunción legal simple en su contra (artículo 142). Tratándose de terceros, esa consecuencia prevista específicamente por no cumplir con el deber de colaborar en la producción de las pruebas no es la prevista en el artículo 142 (artículo que refiere solo a las partes), sino en otros artículos del Código, como por ejemplo el 189.1 o 191.

4. En cuanto a la teoría de las "cargas probatorias dinámicas" debe entenderse que contraría nuestra legislación positiva (a diferencia de lo que ahora sucede, por ejemplo, en Colombia). En efecto, atender a esta supuesta regla de las cargas probatorias dinámicas, que deja en manos del tribunal decidir, en cada caso concreto y recién al momento de sentenciar, cuáles son en caso de duda

sobre su veracidad las afirmaciones de las partes que se tendrán por ciertas, significa dejar de lado el texto expreso de la ley "flexibilizándolo", como se suele señalar, en forma que las normas vigentes verdaderamente no toleran.

Empero, también se ha dicho que esta regla de las llamadas cargas probatorias dinámicas encontraría su fundamento en que el tribunal debe resolver el objeto del proceso atendiendo a la "equidad". Sin embargo, este fundamento que aparece como esencial para la consagración de la teoría en análisis, contraría frontal y radicalmente lo que dispone, expresa y diría tajantemente el artículo. 25.1 del Código, y que se encuentra explícitamente corroborado por el artículo 199 del mismo CGP (salvo para cuando se trata de procesos arbitrales: numeral 5 del artículo 477 del CGP): "El tribunal (…) solo podrá fallar por equidad en los casos previstos en la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten".

La existencia de semejante regla sobre la carga de la prueba, que impondría aportar medios de prueba aun contra el propio interés, no solo no encuentra apoyo en ninguna disposición del CGP y contraría lo que ahora ha indicado el legislador explícitamente a través de los artículos 5 y 144.2 del Código, en redacción dada por la Ley 19090, sino que si la misma existiera configuraría una flagrante violación del derecho constitucional al debido proceso (además de una violación de lo dispuesto en el artículo 18 de la Carta sobre predeterminación legal del proceso); este derecho necesariamente comprende la posibilidad de ejercer el derecho de defensa que nunca podría ejercerse si las reglas que debían cumplirse por los interesados durante el proceso, recién las establece el tribunal al final del proceso.

## Bibliografía

Abal A. (1995a), "Iniciativa probatoria del tribunal", *Estudios del Código General del Proceso*, t. I, 2.ª edición. Montevideo: FCU, Montevideo, pp. 189/216.

Abal, A. (1991) "Medios de prueba que puede incorporar el tribunal (en el CGP)", *Rev. de Técnica Forense*, n.º 2, Montevideo, pp. 105/114.

Abal, A. (1995b), *Estudios del Código General del Proceso*, t. I, 2da. ed., F. C. U., Montevideo, pp. 197-201.

Álvarez, B., González, M., Marquisa, P., Morales, D., Muñoz, G., P., Diego, Sapelli, R., Weisx, F., Klett, S. (Coordinadora) (1997), "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", *IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, pp. 235/244.

Arlas, J. (1967), "La iniciativa probatoria del Juez civil", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XVIII, n.º 1-2, Montevideo, , pp. 137/158.

Artola S. (1997), "Iniciativa probatoria del tribunal", *IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, pp. 245/252.

Barrios D. (1997), "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal", *IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, pp. 253/262.

Barrios, D. (1968), *Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso*, t. II, C. E. N., Montevideo, , 4ª reed., pp. 234/239, 246/250 y 303/308.

Barrios, D. (1989), *El proceso civil*, Idea, Montevideo, , pp. 209/211 y 222/223.

Barrios, D., (2002), *Teoría del proceso*, 2da. ed., B. de F. Ltda., Buenos Aires, pp. 195/196.

Bazan, F. (2003), "Teoría de las cargas probatorias dinámicas: un tema controvertido", *Revista de Técnica Forense*, n.º 12, Montevideo, , pp. 141/153.

Bove, M., Ossano, S., Dufort, D. (1999), "Análisis de aparentes conflictos entre principios constatados en la actividad probatoria" (sobre iniciativa probatoria), *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Surcos, Montevideo, pp. 365/373.

Bruno, D. (2014), *Reforma del Código General del Proceso,* http://tecnicaforense-bruno.blogspot.com/, pp. 2/3 y 31/32.

Castello, A. (1997), "Carga y valoración de la prueba en e proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia", *IX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad social*, Montevideo, pp. 28/37.

Cipriani, F. (2013), *Los orígenes del autoritarismo procesal: El codice di procedura civile*, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Breviarios procesales garantistas n.º 4, Neuquén.

Costa, L. (1993), "Los poderes probatorios del juez en el Código General del Proceso y en los procesos de familia", V*Ias. Jornadas nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 209/220.

Couture, E. (1978), *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, pp. 181/296 y t. III, 2ª. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 129/152 y 181/257.

Couture, E. (1938). El deber de decir la verdad en el juicio civil. Montevideo: *Ediciones de la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*.

Couture, E. (s/f) Procedimiento. Primer Curso, t. II. Montevideo: Ed. Medina, pp. 113/135 y 163/165.

Couture, E. (1966), *Fundamentos del derecho procesal Civil*, 3.ª ed. Buenos Aires: Depalma, pp. 240/248, 257/260 y 168/178.

Couture, E. (1932), Teoría de las diligencias para mejor proveer. Montevideo: Barreiro y Ramos, 172 pp.

De León, R, Xalambri, A. (1993), "Facultades del juez y de los abogados en el Código General del Proceso", *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 221/227.

De Los Santos, M. (1993), "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1.

De Midon, G. (1993), "A propósito del *onus probandi*: la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo", *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal*, 1, Montevideo, pp. 35/40.

Fernández, E (2011), "La prueba en el anteproyecto de CPP uruguayo", *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F. C. U., Montevideo, pp. 185/187.

Ferrizo, A. (2012), "Las facultades inquisitivas del Juez Laboral como principal herramienta de defensa de los Derechos Humanos", *XXIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, F. C. U., Montevideo, pp. 311/319.

Gamarra, J. (1999), *Responsabilidad civil médica* (sobre las cargas probatorias dinámicas), vol. 1, F. C. U., Montevideo, pp. 134/150.

García, M. (2005), "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", *Rev. La Ley*, Buenos Aires, – C, 1082.

Garderes, S. y Valentin, G. (2012) (con la colaboración de Soledad Díaz), *Código del Proceso Penal Comentado* (sobre iniciativa probatoria del Juez), La Ley Uruguay, Montevideo, p. 434.

Garicoits, Leonie, Boragno, S., Alves, M. (1993), "Aproximación a los deberes y facultades del Juez en el C. G. P., con especial referencia a la prueba", *VIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 189/196.

Gelsi, A (1974), "Pericia científica y libre apreciación", *Rev. La Justicia Uruguaya.*, t. 70, Montevideo, 5, Doctrina, pp. 171/177.

Gelsi, A. (1975), "Proceso laboral y carga de la prueba", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2, Montevideo, pp. 33/42.

Gelsi, A. (1988), "Protección judicial o garantía procesal en el C. G. P.", *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, en especial pp. 470/475.

Gelsi, A. (1963). "Intervención del Juzgador en la tramitación del proceso", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 60, Montevideo, pp. 5/20.

Goldstein, E., Marizcurrena, P. (2005), "Algunas reflexiones sobre los poderes de instrucción en el proceso laboral", en *Derecho Procesal del Trabajo* del "Grupo de los Miércoles", F. C. U., Montevideo, pp. 263/279.

Gómez, F. (2012), "Disposiciones Generales" (sobre iniciativa probatoria del juez en artículo 350.5 C. G. P.), *Código General del Proceso* dirigido por Ángel Landoni Sosa, vol. 3B, B. de F. Ltda., Montevideo, pp. 1516/1520.

Greif, J. (1993), "Facultades del Juez y de los abogados en el C. G. P.", *VIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 161/178.

Greif, J. (2000), "Papel del juzgador en materia de prueba. La carga de la prueba en el nuevo Código", *Temas de derecho procesal civil*, Cauce, Montevideo, pp. 99/119.

Guerra, W. (1996), "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal*, 2, Montevideo, pp. 295/303.

Jardí, M. (1989), "Los deberes y facultades del juez y de las partes", en *Curso sobre el Código General del Proceso* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. I, F.C.U., Montevideo.

Klett, S. (2006), "Hacia una sentencia justa: valoración de la prueba y perfil del juez", *Revista Judicatura*, n.º 44, Montevideo, pp. 229/267.

Klett, S., Pereira, S. (1997), "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal,* 1, Montevideo, pp. 49/95.

Klett, S. (1998), "Análisis de la jurisprudencia —año 1996— sobre conciliación, actos de proposición, audiencia preliminar, actos probatorios" (valoración, cargas probatorias dinámicas), *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal,* 1/, Montevideo, p. 80.

Klett, S., Baluga, C., Álvarez, F. y Castillo, J. (2000), "Principios de la prueba en el sistema procesal civil" (iniciativa probatoria del tribunal), en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* 1, Montevideo, pp. 90/92.

Klett, S., Uriarte, G. (1989), *"Facultades del tribunal en el Código General del Proceso respecto a la fijación del objeto de la prueba, iniciativa probatoria y sus controles",* en *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 315/332.

Landeira, R. (2011), "A propósito de la iniciativa probatoria del Juez en el Proyecto de Código del Proceso Penal", *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F. C. U., Montevideo, pp. 195/206.

Landoni, Á. (Director), Garderes, S., González, M., Gómes, F., Valentin, G. (2003), *Código General del Proceso*, vol. II- A, B. de F. Ltda., Buenos Aires, , pp. 364/412.

Landoni, Á. (2011), “Activismo y garantismo en un proceso civil moderno” (“El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en la etapa instructoria”), en *Modernización de la Justicia Civil* coordinado por Santiago Pereira Campos, Universidad de Montevideo, Montevideo, pp. 317/319.

Landoni, Á., “El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en la etapa instructoria”, en “Activismo y garantismo en un proceso civil moderno”, *Rev.*

Mesa Redonda, “Potestades probatorias del tribunal”, *Rev. Judicatura*, n.º 30, Montevideo, 1990, pp. 25/39.

Montero J. (2001), “Los poderes del Juez en el proceso civil”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal,* Montevideo, 3, p. 273

Morales, M., Doval, G. (2008), “Revisión de la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, *Revista de Técnica Forense*, nº 17, Montevideo, pp. 35/38.

Morosini, A. (2012), “La Ley de abreviación de los procesos laborales y el rol del juez como director del proceso: algunos problemas prácticos” (sobre “facultades” probatorias del juez), *XXIII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, F. C. U., Montevideo, pp. 255/259.

Nicastro, G., Sánchez, V., Zanella, N., (2003) “La Regla Moral en el desarrollo del proceso” (acerca de las cargas probatorias dinámicas), *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1, Montevideo, pp. 55/59 y 67/69.

Noble, C. (2013), “Iniciativa Probatoria del Tribunal en los Procesos Civiles”, *Rev. de Derecho y Tribunales*, n.º 23, Montevideo, pp. 61/92.

Peirano, J. (1968), *Curso de Obligaciones* (*Prueba de las Obligaciones*) (Carga de la prueba, Valoración de la prueba), t. V, C. E. D., Montevideo, pp. 35/50.

Pereira, S. (2000), “El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias” (cargas probatorias dinámicas), *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4, Montevideo, pp. 516/518.

Pereira, S. (2011), “Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo” (“El deber de colaboración en la práctica de las medidas probatorias”), *Modernización de la Justicia Civil* coordinado por Santiago PEREIRA CAMPOS, Universidad de Montevideo, Montevideo, pp. 424/441.

Picó, J. (2002), “Los principios del nuevo proceso civil español”, en *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal*, F. C. U., Montevideo

Reyes, A. (2007), “La flexibilización de la carga de la prueba es ley”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 3, pp. 591/606.

Rosenbaum, F., “Hacia la tutela procesal efectiva de los derechos

Rossi, R. (1997), “Disponibilidad del medio probatorio en el C. G. P.”, *IX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Montevideo, pp. 11/28.

Saravia, M., Saravia, D. (2013), “Reformas introducidas por la ley 19090 al régimen de la prueba” (sobre el artículo 142.1 del C. G. P.), *Rev. Judicatura*, n.º 55, Montevideo, pp. 47/49.

Simón, L. (2002), “El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencias”, *XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal*, Montevideo, pp. 223/229.

Simón, L. (2011), “Aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencia” (“Los principios dispositivo e inquisitivo en la instrucción probatoria”), en *Modernización de la Justicia Civil* coordinado por Santiago PEREIRA CAMPOS, Universidad de Montevideo, Montevideo, pp. 350/357.

Simón, L (2010), “Potestades de instrucción del tribunal y procedimiento probatorio en la ley n.º 18.572”, en *Nuevas especialidades del Proceso sobre Materia Laboral* de Abal Oliú, Guerra, Varela Méndez, Simón, Stipanicic, Valentín, Klett y Uriarte, F. C. U., Montevideo, pp. 122/123.

Stipanicic, E. (2004), “Las cargas probatorias dinámicas en los juicios de responsabilidad civil de los médicos después de la ley de relaciones de consumo”, *Revista Crítica de Derecho Privado,* Montevideo, n.º 1.

Stipanicic, E., Valentin, G. (1999), “La carga de la prueba en el proceso laboral”, *Estudios de derecho procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, F. C. U., Montevideo, pp. 477/504.

Stipanicic, E., Valentin, G. (1999), *Proceso laboral* (prueba), Ediciones del foro S. R. L., Montevideo, pp. 119/173.

Tarigo, E. (1999), “Cinco cuestiones procesales en un proceso de divorcio” (la iniciativa probatoria del tribunal), *Revista Uruguaya de Derecho Procesal,* 4, Montevideo, pp. 675/676.

Tarigo, E. (1994), *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, F. C. U., Montevideo, pp. 19/22 y 162/169.

Taruffo, M. (2007), Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, n.º 10, Buenos Aires.

Taruffo, M. (2008), *La* Prueba, Marcial Pons, Madrid.

Teitelbaum, J. (1994), “Prueba producida de oficio por el juez”, *Revista Judicatura*, n.º 2, Montevideo, 1976, pp. 28/29.

Torello, L. (1991), "Las diligencias para mejor proveer en el C. G. P.", *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal,* 2, Montevideo, pp. 266/269.

Valentin, G. (2008), "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas dinámicas", *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso* (*Estudios en homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso*), Editorial San Marcos, Lima (Perú), pp. 723/742.

Valentin, G. (2008), "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 3-4, pp. 351/366.

Valentin, G. (2014), *La Reforma del Código General del Proceso*, F. C. U., Montevideo, , pp. 11/15 y 107/109.

Van Rompaey, L. (1990), "Alcance del deber de averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes en el C. G. P. (artículo 25.2)", *Rev. Judicatura*, n.º 29, Montevideo, pp. 4/9.

Van Rompaey, L. (1995), "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el derecho procesal uruguayo", *Rev. La justicia uruguaya*, t. 111, Montevideo, Sec. doctrina, pp. 447/453.

Varela, E. (2005), "Dos temas procesales a partir de la opinión de los homenajeados" (iniciativa probatoria, carga de la prueba y cargas probatorias dinámicas), *Revista Judicatura*, n.º 43, Montevideo, pp. 306/325.

Varela, E. (2011), "La carga de la prueba" (Relato General de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal), *Rev. Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 3-4/2010, pp. 751/760.

Varela, E. (2010), *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria del tribunal en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*, Ediciones AVI S. R. L., Rosario, Argentina, 58 pp.

Vázquez, J. (2009), "Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil", *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal,* n.º 13, Buenos Aires, pp. 238/240.

Véscovi, E. (1993), "Los poderes probatorios del juez en el nuevo Código General del Proceso", *VIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 151/160.

Véscovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Cardinal, F., Simón, L.., Pereira, S. (1998), *Código General del Proceso*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1998, pp. 33/34 y 69/221, y t. 5, Abaco, Buenos Aires, pp. 517/578.

Véscovi, E. (1991), *Las facultades del juez en el nuevo C. G. P. y las garantías del debido proceso* (los nuevos poderes probatorios), *Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. XVIII, Montevideo, pp. 22/23.

Viera, L.(1987)., "La Prueba", En: *Curso de derecho procesal* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, 2ª. ed., F. C. U., Montevideo, pp. 96/111.

Zeballos, J. (1967), "La iniciativa probatoria del Juez civil", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* t. XVIII, n.º 1-2, Montevideo, pp. 17/26.

Zunino, M. (1989), "Los poderes del juez en el nuevo Código", *Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesa*", Ed. Universidad Ltda., Montevideo, pp. 333/339.

# Sobre las medidas contraepistémicas en el proceso civil colombiano

## On Counter-Epistemic Measures in Colombian Civil Procedure

*Luis Felipe Vivares Porras*[1]
*Universidad Pontificia Bolivariana*
*Colombia*

## Resumen

Este texto discurre sobre la idea de "medida constraepistémica", entendida como una disposición institucional dirigida a impedir el conocimiento pleno de los hechos antes del proveimiento de una decisión jurisdiccional o, en todo caso, a legitimar expresiones de la jurisdicción fundadas en valores diferentes a la verdad.

**Palabras clave:** Verdad, prueba, proceso civil, medida contraepistémica.

1 Coordinador y profesor del Área de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho (GRD), de la misma Escuela. Este artículo consistuye un avance de la investigación titualda "La verdad en el proceso y las medidas contraepistémicas. Una investigación dirigida a identificar las medidas contraepistémicas existentes en el proceso civil colombiano".

# Abstract

This paper focuses on *counter-epistemic* measures, understood as institutional mechanisms that aim to avoid the integral apprehension of truth, in judicial processes, to base legal decision in other criteria but the facts of a given case.


**Key Words:** Truth, civil process, knowledge, counterepistemic measures.

# Introducción

Mi propósito consiste en exponer una profunda contradicción encontrada en la disciplina legal del proceso civil colombiano.

En Colombia, por las razones que expondré un poco más adelante, la finalidad que persigue la actividad probatoria desarrollada en el proceso civil no puede ser otra que la verificación de los hechos de la *litis*, esto es, la efectiva comprobación de la verdad (o falsedad) de las aseveraciones que hacen las partes del proceso respecto de tales hechos. De allí que el proceso no pueda entenderse solamente como un instrumento componedor de conflictos, al cumplir la función epistémica que le supone la finalidad de conocer la verdad, sino que es, también, un instrumento productor de conocimiento. Es más, la composición del litigio se encuentra hasta tal punto supeditada al conocimiento real de los hechos, que cualquier discurso sobre la *justicia* de una sentencia, parte de la idea de correspondencia entre esta y la realidad.

Sin embargo, el mismo ordenamiento jurídico frustra este objetivo. Se encuentra nuestro proceso civil envuelto en una normativa que lo inclina con regularidad hacia la simulación del saber, hacia la suposición del conocimiento, hacia el quimérico mundo de las ficciones. Por directiva expresa del legislador son muchos los casos en que los jueces están liberados del deber de buscar la verdad, de verificar los hechos, de saber lo que en realidad sucedió entre las partes, por lo que les basta *asumir* un hecho no comprobado como cierto. Esto es así, porque toda una urdimbre legal de medidas contraepistémicas –de instituciones que en forma lícita impiden el conocimiento de la verdad– se imbrica a la trama de normas probatorias que, por el contrario, cumplen papeles epistémicos.

Quisiera poner al desnudo estas medidas contraepistémicas, para que el lector de estas reflexiones perciba el color paradójico que tiñe las paredes de nuestro derecho probatorio. Estas medidas que impiden conocer la verdad, en un contexto donde ese conocimiento es el que se persigue son, por este solo motivo, interesantes. Además, encuentro provechoso un trabajo destinado a descubrir las contradicciones que inundan sectores significativos de un ordenamiento jurídico, pues solo así puede decirse que se conoce y se comprende tal ordenamiento. Quizá, entrar en contacto con las contradicciones, dicotomías, antinomias y demás irregularidades predicables de un sistema normativo sea la clave para corregirlas o, por lo menos, para hacerlas más tolerables.

Para lograr mi propósito seguiré el siguiente derrotero: será lo primero expresar las razones por las cuales he afirmado que en Colombia el fin de la prueba (o por

lo menos su fin esencial) no puede ser otro distinto a la búsqueda de la verdad. Cumplido esto, pasaré a analizar, en forma general, el concepto de medida contraepistémica, para terminar señalando las medidas que de este carácter existen en el derecho objetivo colombiano.

Resta por decir, cerrando ya estas notas introductorias, que con este texto pretendo solamente ofrecer una manera, quizá nueva en nuestro medio, de ver las cosas. Las doctrinas aquí expresadas, bien que convicciones íntimas mías, no buscan ser recogidas por el lector como verdades últimas, irrefutables. No aspiro a decir la última palabra sobre ningún tema; solo quiero que el lector ensaye la particular visión que le propongo, que la experimente para determinar su fecundidad, y decida, de acuerdo con su experiencia, su verdad o su error.

# 1. El fin de la prueba: una cuestión ideológica

Las distintas orientaciones ideológicas de un sistema político influyen directamente en el diseño legislativo de los procesos, y en los objetivos que le son atribuidos a estos. Las fisionomías funcionales y estructurales que adquiere el proceso jurisdiccional en virtud del influjo ideológico que lo circunda y determina repercuten en problemas como la finalidad de la prueba y la adjudicación de poderes probatorios a los sujetos procesales. En el presente apartado quisiera glosar algunas de las consideraciones que al respecto hace el profesor Mirjan Damaska, en su obra *The faces of justice and State Authority* (1986).

En este libro, el autor pretende describir cuatro modelos procesales: dos de ellos dependientes de las formas como se organizan las autoridades procesales en los Estados, y otros dos derivados de los fines perseguidos por el proceso: el proceso ante una organización jerárquica de la autoridad (proceso bajo el ideal jerárquico), proceso ante una organización coordinada de la autoridad (proceso bajo el ideal de coordinación), proceso componedor de conflictos, y proceso implementador de políticas públicas.

Con estos modelos, Damaska logra mostrar las variaciones de las formas procesales, en tanto que considera, por un lado, la manera como en un determinado Estado se ha organizado la autoridad política (y, en especial, la autoridad procesal) y, por otro, las funciones que son atribuidas a tal Estado.

Mostradas las características de estos modelos esenciales, Damaska procede a contraponerlos con modelos procesales, espacial e históricamente existentes. Con este ejercicio, la clásica separación entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo

muestra su insuficiencia, ya que ella no logra explicar los fenómenos que efectivamente ocurren en relación con el proceso (no así con el modelo damaskiano, que permite comprender muchas de las diferencias que aparecen entre los modelos procesales de los países adscritos al *civil law*, al *common law* y al *soviet law*).

En relación con la variable que acá interesa –la verdad y su relación con el proceso jurisdiccional–, las consideraciones que Damaska hace al respecto parten de la diferencia entre proceso componedor de conflictos y proceso implementador de políticas públicas. Para explicar esta dicotomía de formas procesales, Damaska se propone mostrar de qué manera el proceso se ve afectado por las inclinaciones contrastantes del Estado: la inclinación a dominar cada uno de los aspectos de la vida de los ciudadanos, guiándolos hacia situaciones vitales, que el Estado considera "buenas", y alejándolos de unas circunstancias calificadas de "malas" por el mismo Estado; y la inclinación a proporcionar, únicamente, el contexto en el que habrá de desarrollarse la interacción social, sirviendo exclusivamente de árbitro en los supuestos conflictivos en los que participen miembros de la sociedad civil. La primera inclinación es propia de lo que Damaska llama Estado activista (*activist state*), y la segunda del denominado Estado reactivo (*reactive state*) (pp. 71-96).

Las características del Estado reactivo son las siguientes (Damaska, 1986, pp. 73-80): es un Estado minimalista, dedicado exclusivamente a garantizar el orden y a proveer un foro para la resolución de las disputas que pueden surgir entre los ciudadanos; en él no existe una clara división entre intereses públicos e intereses privados. El Estado existe única y exclusivamente en función de los intereses privados, que son los intereses de los coasociados. En dos palabras: todo el fenómeno estatal gira en torno a la figura de la "sociedad civil".

El derecho, en esta clase de Estado, se caracteriza por su cariz contractualista: las normas suelen tener, como fuente originaria, actos convencionales (acuerdos, pactos, contratos). Pero debe agregarse algo más: la función primordial del derecho proveniente directamente del Estado (y no reconocido por este como normativa surgida en el seno de la sociedad civil) no es guiar la conducta humana; más bien, es generar procedimientos en los que se garantiza la obligatoriedad de los pactos a los que llegan los ciudadanos. Con todo, no puede negarse que el ordenamiento jurídico en esta clase de Estado concibe una serie de normas de conducta, pero estas se caracterizan, en su gran mayoría, por ser normas supletivas de la voluntad de los particulares. Finalmente, debe resaltarse que el derecho suele traducirse en términos de "derechos", esto es: de posiciones de ventaja entre los ciudadanos.

Tratándose de la Administración de Justicia ha de decirse, en primer término, que en el Estado reactivo, las actividades estatales, en especial las actividades

jurisdiccionales, no están separadas de la función compositiva de los conflictos que define a esta clase de Estado. Este ente solo estará legitimado para intervenir en un determinado conflicto social, cuando así se lo solicitan sus ciudadanos, incluso, en aquellos eventos en los que se ha subrogado en la tutela de intereses privados (por ejemplo, cuando asume el ejercicio de la acción penal), el proceso se perfila como un instrumento componedor de conflictos de intereses privados. Por este motivo, el instrumento procesal se ha estructurado como una competencia entre partes ubicadas en lados contrarios, la cuales, en cualquier momento, aún iniciado el proceso, pueden auto-componer sus conflictos sin intervención estatal. En palabras de Damaska:

> In the end, the fundamental structural principle upon which the procedural edifice of the reactive state is erected thus becomes the idea that proceedings are a contest of two sides. To imagine, however, that de ideal of self-management is wholly discarded once the jurisdiction of state courts has been invoke would be wrong: like the Phoenix, that ideal can rise from its own ashes. If the disputants reach an out-of-court settlement of their difficulty, legal proceedings lose their underlying animus and come to an end; agreement between former litigants overrides prior judicial rulings. As expressed in an old adage, dating from a time when the primary objective of courts was the preventions of clan warfare, *pactum vincit legem et amor judicium* (an agreement prevails over law and love over the judgment) (1986, p. 79).

Esta clase de proceso es denominado por el autor "*conflict-solving process*", que traduzco como proceso componedor de conflictos.

Por su parte, el Estado activista (pp. 80-88) se caracteriza porque, fundamentalmente, desarrolla toda una teoría acerca de lo bueno de la vida (con su correspondiente y dicotómica teorización sobre lo malo de ella), dirigiendo todos sus esfuerzos hacia el *mejoramiento* de los ciudadanos. En este contexto, el Estado no es una entidad que procura resolver los conflictos que surjan entre los ciudadanos: es el director de una empresa común que vincula a todos los ciudadanos hacia la consecución de unos objetivos (establecidos previamente por el Estado). Poca confianza muestra esta forma estatal, en la autonomía individual y en el juicio de sus coasociados para decidir sobre qué es lo mejor para ellos, pues es el Estado el encargado de decidir por ellos, conduciéndolos hacia condiciones consideradas convenientes –se itera– por el mismo Estado.

En un Estado con estas características se entiende que el derecho se traduzca, normalmente, en términos de "deberes"; los ciudadanos soportan imposiciones impuestas por el Estado en su objetivo de guiar el comportamiento de aquellos. Esto último nos pone enfrente de otra característica que vale la pena anotar: el

cariz contractualista de las normas, mencionado en relación con el Estado reactivo, desaparece por completo en el Estado activista, donde sus normas se presentan como verdaderos mandatos emanados de la voluntad estatal.

En relación con la Administración de Justicia en el Estado activista, lo primero que ha de decirse es que a la misma, en relación con su actuación, le es indiferente la existencia o inexistencia de un conflicto de intereses cualquiera; el fin del proceso no es componer litigios, sino hacer cumplir la ley e implementar una determinada política pública en el caso concreto. Divorciado del ideal compositivo de conflictos, no existe ninguna necesidad de estructurar al proceso como una competencia entre dos partes enfrentadas, sino que este puede perfectamente edificarse como un trámite bipolar entre un agente oficial y un individuo, o como un trámite poligonal, donde un gran número de protagonistas presenta una variedad desigual de puntos de vista. No obstante, la forma triádica de procesamiento, típica de un tipo procesal exclusivamente componedor de conflictos, no se opone al proceso del Estado activista. Damaska dice: "Of course, the litigational (triadic) form can also provisionally be maintained. But whether bipolar, triadic, or polygonal, activist proceedings must be structured so as to permit a search for the best policy response to the precipitating event" (1986, p. 87).

Esta clase de proceso es denominado por el autor "*the policy-implementig process*", que traduzco como el proceso implementador de políticas públicas.

Pues bien: el *conflict-solving process* no es, necesariamente, un proceso buscador de la verdad. Adviértase que el objetivo basilar de este proceso es componer los conflictos que surjan entre miembros concretos de la comunidad; el establecimiento veraz de los hechos del conflicto puede impedir este objetivo. Por tal motivo, la actividad probatoria suele estar confiada a la actividad de las partes, quedando el juez relegado a una posición "arbitral" entre las mismas. Es más, esta clase de proceso siente una enorme reluctancia por el juez "participante" en la búsqueda de hechos y verificación de los mismos dentro del proceso:

> It is an old insight that truth can engender hatred and exacerbate a conflict, for to tell the truth is all too often seriously to offend. A legal process aimed at maximizing the goal of dispute resolution thus cannot simultaneously aspire to maximize accurate fact-finding. In fact, the process does not seek precision of factual findings as a goal independent of dispute resolution, even within the narrow compass of issues as defined by the parties. The verdict in the conflict-solving mode is not so much a pronouncement on the true state of the world as it is a decision resolving the debate between the parties, like a peace treaty putting an end to combat. In consequence, even if it were shown that fact-finding dominated by parties uncovers the truth less effectively than does impartial research, this showing would not of itself

> preclude the possibility that the competitive evidentiary method might still be the preferable form in the conflict-solving process (1986, p. 127).

En cambio, en el *policy-implementing process* la determinación correcta (verdadera) de los hechos es una meta fundamental en el proceso del Estado activista. La aplicación correcta de la ley depende de la determinación correcta de los hechos sobre los cuales habrá de aplicarse la misma. Por este motivo, la actividad probatoria es dirigida y ejecutada por oficiales procesales, los cuales se tornan en verdaderos investigadores:

> The discussion of the legal process in the reactive state has shown how the objective reduces the importance of ascertaining the real state of the world. Through the eyes of the laissez-faire ideologist, truth seems elusive and reality, like the muses, seems always to have another veil. In contrast, getting the facts right is normally one of the preconditions to realizing the goal of the legal process in the activist state. Proper law enforcement requires accurate determination of past events and reliable prediction of future developments. Here, seeking the true facts does not seem unrealistic, often Sisyphean enterprise: activist ideologies are housed in optimistic epistemology, and the activist administration of justice deals with the routine and easy as well as with difficult matters; it is not concentrated —as is the reactive state— on the residue of hard cases that cannot be settled out of court (1986, p. 160).

Con Damaska aparece un aspecto interesante del binomio *verdad-proceso jurisdiccional*: solo en aquellas formas procesales a las que se asignan objetivos que trascienden la simple composición de los litigios, se reputará necesaria una fijación verdadera de los hechos en el proceso. Estos *otros objetivos* se encontrarían fijados en el ordenamiento jurídico, y el proceso debe aplicar las normas de tal ordenamiento, en los casos concretos con los que se encuentre.

## 2. El activismo del estado social de derecho

La Constitución de 1991 instaura para Colombia el llamado Estado social de derecho. No me atrevo a profundizar en torno a este concepto, pues el espacio es limitado y, de hacerlo, me saldría exponencialmente del cauce trazado por las ideas principales de este texto. Sin embargo, debo hacer algunos comentarios acerca de esta forma de entender el Estado, pues, en mi concepto, la misma es una manifestación del *activist state* descrito en el apartado anterior.

Es de común conocimiento entre los estudiosos de la materia, que el Estado social surge como respuesta a la crisis sociopolítica del Estado liberal, comenzada

a mediados del siglo XIX, pero que alcanzó puntos críticos a comienzos del siglo XX. El Estado liberal, abstencionista e individualista, descuidó a las clases obreras, las cuales se hundieron en paupérrimas condiciones. Claro que no podemos pecar de excesivo candor: la indigencia ha existido desde siempre y, muy seguramente, seguirá existiendo. La peculiaridad de los indigentes aparecidos con el Estado liberal es la siguiente: se encontraban indignados, encolerizados, prestos a sublevarse, pues la miseria que trajo consigo la primera industrialización europea (entre 1820 y 1860) no fue paliada por la política liberal-capitalista, que prefirió suprimir las medidas dirigidas a disminuir la pobreza, con el fin de garantizarse un control sobre la mano de obra, cuya necesidad era creciente (Sotelo, 2010, pp. 139 y ss.).

La reacción de los obreros fue decisiva: huelgas y manifestaciones públicas sacudieron a Europa y al norte de América, y trajeron consigo exigencias de cambios institucionales. Otto von Bismarck fue el primero en escuchar estos clamores e impulsó reformas proteccionistas durante su gobierno del Estado alemán (Galbraith, 1987, p. 229). Más tarde, la célebre Constitución de Weimar consagró una lista de derechos sociales, aunque sin la instauración de instrumentos procesales dirigidos especialmente a la tutela de estos derechos (Vila Casado, 2012, p. 412). Fue con el celebérrimo *Krac* del 29 (devastadora caída del mercado de valores en la historia de la bolsa en los Estados Unidos) cuando hubo de aparecer concretamente un modelo de Estado, marcadamente intervencionista en el ámbito económico, dirigido a consagrar medidas de protección para los sectores más desaventajados de la sociedad. Juan Ramón Capella identifica, en términos muy generales, los impulsos que guían esta nueva forma estatal a lo largo del siglo XX:

> Primero, un impulso inicial hacia el afianzamiento de los derechos y libertades básicas, y de su ensanchamiento del ámbito de la mediación jurídica; al final del período esta orientación se transforma en un impulso en sentido contrario en terrenos específicos. Segundo, un proceso de intervencionismo estatal, encaminado a la constitución de un sector público económico fuerte; al finalizar el período*, sin que el estado deje de intervenir en la economía*, el intervencionismo cambiará de signo, para privatizar los beneficios de la acción colectiva y socializar costes privados. Tercero, un impulso simultáneo al anterior hacia la redistribución de bienes para los menos favorecidos, traducido en una "segunda generación" de derechos básicos y en la constitución funcional y orgánica del Estado asistencial propiamente dicho; al concluir este período se mercantilizarán ciertas funciones asistenciales (1999, p. 173).

Aun cuando podría decirse que el Estado interventor es el arquetipo estatal del siglo XX, este ha venido realizándose en la compleja vida política occidental, con las peculiaridades, detalles y limitaciones que le imprime cada pueblo. De allí, la

diversidad de conceptos y de denominaciones en relación con un mismo fenómeno (Estado del bienestar, Estado social). La teoría constitucional, sin embargo, ha guardado el término Estado social para designar un prototipo del Estado que se propone abandonar la dicotomía Estado-sociedad civil, defendida por los partidarios del Estado liberal abstencionista:

El Estado social es el producto de la simbiosis entre el Estado y la sociedad, o como especifica el tópico, es el resultado de la estatalización de la sociedad y de la socialización del Estado (Bernal Pulido, 2007, p. 353).

Como se deduce de las palabras dichas hasta este punto, el Estado social es un Estado que se entremete en esferas sociales de las que procuraba disociarse el Estado liberal. La intensidad de este "entremetimiento" depende de las políticas públicas de los Estados y, especialmente, de las disposiciones de cada ordenamiento jurídico positivo. Pero, en términos generales, es posible afirmar que el Estado social es un régimen cuya esencia es intervenir en la dinámica social, ocupando sectores antes reservados para los particulares, siendo protagonista en el acontecer cotidiano, enhebrándose en la vida de las personas al verlas como titulares de necesidades que deben ser cubiertas (p. 355). El Estado social es, en definitiva, un Estado activista.

No creo que haya necesidad de repetir las implicaciones que para el proceso y la prueba supone un Estado activista. Basta resaltar la línea argumentativa trazada hasta este momento: en un Estado activista –como lo es el Estado social de derecho colombiano– el objetivo del proceso jurisdiccional es, fundamentalmente, actuar el derecho objetivo, realizarlo en el caso concreto, aprovechando la oportunidad para poner en vigor políticas públicas diseñadas por el mismo Estado. Para tal efecto, es necesario conocer correctamente los hechos que conforman el "caso concreto", razón por la cual la actividad probatoria ha de cumplir una función epistémica. En otras palabras, el proceso jurisdiccional propio de un Estado social de derecho, como Estado activista que es, debe dirigir sus esfuerzos probatorios al establecimiento de la verdad, pues solo así cumple, en forma correcta, su objetivo principal: aplicar la ley.

## 3. Las medidas contraepistémicas

Hasta ahora he tocado superficialmente el concepto de prueba, con consideración exclusiva de su dimensión jurídica. Sin embargo, no puedo desconocer que la idea de la prueba surge en un entretejido multidisciplinar que reúne diversas actividades de corte epistemológico.

Puede incluso afinarse un poco más esta idea: la prueba, concepto previo al proceso jurisdiccional, es tomada prestada para el mundo jurídico a través de lo que puede llamarse ordenamiento jurídico probatorio. La prueba no nace con el proceso, la prueba nace en otros ámbitos (gnoseológicos, epistemológicos, probabilísticos), pero llega al proceso jurisdiccional mediante el derecho probatorio.
De opinión semejante es Taruffo cuando afirma lo que sigue:

> […] en muy diversos sectores de la experiencia se plantea el problema de establecer el fundamento racional de conocimientos que, no perteneciendo al campo de la lógica demostrativa sino al de la experiencia empírica, son por definición "inciertos", no obstante lo cual están destinados a construir la base para decisiones de diversa naturaleza. En esos sectores surge un esquema conceptual muy común que se puede denominar de *evidence and inference* y que se vale de aportes provenientes de distintos campos a los efectos de ofrecer instrumentos generales para la formulación y el control racional de las inferencias que fundamentan aserciones sobre hechos. En ese contexto, emerge una noción general de "prueba" como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos (2002, p. 327).

La prueba (entendiendo por esta algo análogo a lo que se entiende en el campo jurisdiccional), dice el autor, surge en aquellas esferas en las que se hace necesario tomar decisiones sobre aserciones fácticas, es decir, en campos en los que se debe calificar de verdadera o falsa una determinada aseveración. Si bien lo anterior describe lo que típicamente sucede en un proceso, no por ello puede decirse que sea una situación exclusiva de los procesos jurisdiccionales. Resulta evidente, por el contrario, que son muchos los ámbitos en los que se puede estar en la necesidad de decidir la veracidad de una afirmación sobre un hecho.
Bajo este presupuesto, Taruffo afirma lo siguiente:

> […] no hay razón válida alguna para sostener que la regulación jurídica de las pruebas es "completa" y omnicomprensiva, de forma tal que justifique la conclusión de que solo puede usarse a los efectos probatorios aquello que una norma califique expresa y específicamente como prueba. Esto es particularmente evidente en los sistemas del *common law*, donde el *law of evidence* tiene, respecto del fenómeno de la prueba comprensivamente considerado, un papel reducido y, en resumidas cuentas, marginal, que se va reduciendo progresivamente a medida que se atenúa el sistema de las *exclusionary rules*. Sin embargo, la misma afirmación es válida, aunque en menor medida, para los sistemas del *civil law*: basta observar que fenómenos como los de las "pruebas científicas" o "tecnológicas" escapan a cualquier tipificación normativa y que –aparte de las discusiones sobre su admisibilidad– el uso tan difundido que en la práctica se hace de las pruebas

> atípicas muestra cómo está destinado al fracaso cualquier intento de "cerrar" el catálogo normativo de las pruebas. Además, ningún ordenamiento establece la omnicomprensividad de la regulación de los medios de prueba y no es casualidad que en muchos ordenamientos, también del c*ivil law*, está admitida la posibilidad de usar pruebas no expresamente previstas por la ley y resulta evidente la naturaleza "incompleta", sino residual, de las normas en materia de la prueba (2002, p. 346).

Las consideraciones anteriores llevan a Taruffo a una categórica conclusión: la regulación jurídica de la prueba, tanto la que se presenta en los sistemas del *common law,* como lo existentes actualmente en ordenamientos del *civil law*, cumplen una función preponderantemente limitativa de la actividad probatoria general, excluyendo *posibilidades probatorias* que cabrían perfectamente en otros espacios epistemológicos. Las palabras exactas del profesor italiano son las siguientes:

> […] parece claro que, en general, la regulación normativa de la prueba tiene esencialmente una función limitada y exclusiva más que una función positiva e inclusiva. Fundamentalmente, esta función se explica más bien en el sentido de limitar el ámbito de las pruebas que puede ser empleadas en el proceso, respecto de las que se emplean en la experiencia cotidiana o en otros campos de investigación sobre hechos, excluyendo expresamente ciertos tipos de prueba o privilegiando determinados modos de formación de la prueba (…) Este aspecto ha sido desde siempre evidente, especialmente en los sistemas del *common law*, donde el *law of evidence* está formado principalmente por reglas de exclusión […] No obstante, ese mismo aspecto también puede encontrarse fácilmente en los sistemas de *civil law* […] En buena parte, las normas continentales sobre las pruebas son reglas de exclusión, de forma que vale para ellas la misma consideración que vale para las *exclusionary rules* angloamericanas: cambia, en efecto, el contenido de las reglas de exclusión, es decir, los tipos de prueba que se declaran inadmisibles, pero se trata de la misma técnica normativa, consistente en precluir la admisión de un medio de prueba que también sería lógicamente relevante (2002, pp. 346-347).

Es así como, también con Taruffo (2002, pp. 357-364) , es posible concluir que en el seno del derecho probatorio se presenta la dicotomía entre lo que en el *common law* se conoce como *free proof principle* y las *exclusionary rules*, o lo que sería lo mismo para un ordenamiento continental como es el colombiano: entre el principio de la *libertad de la prueba* –entendido como la posibilidad de verificar la veracidad de una aserción, utilizando cualquier recurso lógicamente relevante–, y las reglas del derecho probatorio, las cuales condicionan el uso de los recursos probatorios, principalmente limitando pruebas que en contextos ajenos al proceso jurisdiccional serían válidamente utilizadas.

Según el profesor Jordi Ferrer Beltrán, la función limitativa que cumple la disciplina legal de la prueba, y que en esencia caracteriza a la prueba judicial (o mejor, a la prueba en cuanto fenómeno adscrito al proceso jurisdiccional), es puesta en ejecución a través de tres conjuntos normativos que regulan aspectos distintos del fenómeno procesal-probatorio. El primer conjunto está formado por las reglas que disciplinan el curso de los procedimientos probatorios "[…] incluye reglas que establecen el inicio y/o el final de la fase de prueba en el proceso, las formas para la práctica de la prueba, la iniciativa para la actividad probatoria, etc." (Ferrer, 2005, p. 41). El segundo grupo se encarga de ordenar los medios de prueba. Al respecto, el autor dice lo siguiente:

> Algunas de ellas declaran admisibles determinados (o todos) los medios de prueba de forma general o específicamente para algún tipo de procedimiento; otras excluyen uno o diversos medios de prueba; otras simplemente los definen; finalmente, algunas reglas procesales establecen expresamente la obligación de practicar determinados medios de prueba en algunos procesos específicos, etc. (2002, p. 42).

Finalmente, existe un tercer grupo de reglas jurídicas que intervienen directamente sobre el resultado probatorio. Hacen su aparición en esta sede los llamados "sistemas de valoración probatoria", que en la tradición romano-germánica se han reducido a dos: tarifa legal y sana crítica (2002, pp. 42-43).

En todo caso, cabe hacerse los siguientes cuestionamientos: ¿Qué significa que existan reglas que limiten el uso de recursos probatorios, que en plazas distintas al proceso jurisdiccional son consideradas idóneas? ¿Qué implica la existencia de esta regulación normativa en aspectos clave como la actividad, los medios y los resultados probatorios? ¿Qué conlleva admitir que un ordenamiento jurídico probatorio, al regular la prueba en sus diversos significados, termina limitándola en comparación con lo que sucede en otros ambientes epistemológicos? La respuesta es sencilla (por lo menos en cuanto a su formulación): significa que la búsqueda de la verdad, finalidad posible y conveniente de la prueba, se encuentra condicionada dentro del proceso jurisdiccional.

Así es como aparecen en escena las que Marina Gascón Abellán denomina medidas institucionales que condicionan la averiguación de la verdad dentro del proceso (Gascón Abellán, 2004, pp. 125 y ss.). Lo que dice la autora en comento es lo siguiente:

> Las reglas institucionales que gobiernan el procedimiento de prueba y que hacen de la averiguación de la verdad una tarea reglada y no (o no completamente) libre son de muy variado tipo. Sin ningún ánimo de exhaustividad, existen reglas que establecen el *tempus* en que ha de ser

> averiguada (probada) la verdad sobre los hechos; otras que, bien por dificultades de prueba, bien por garantizar ciertos valores, establecen como probados ciertos hechos; otras que indican qué pruebas son admisibles y cuáles no, como las que prohíben la práctica de ciertas actividades probatorias o las que limitan la admisibilidad o el uso de pruebas lícitamente obtenidas, por ejemplo, excluyendo la declaración de ciertas personas; otras que, de diversas formas, dan relevancia procesal al secreto; otras que instauran formas de justicia negociada; otras en fin, que determinan cuáles son los criterios para la valoración de la prueba, entre ellas las que –frente a la valoración libre– establecen criterios formales de valoración. Tal vez se diga que la institucionalización del proceso contribuye al objetivo de la averiguación de la verdad; o que, por el contrario, nos aleja del mismo. En ambos casos se trataría de afirmaciones apresuradas: para ver qué hay de cierto en estas afirmaciones se precisa una consideración individualizada de cada uno de los tipos de reglas mencionadas, pues no cabe una identificación acrítica de todos ellos (…) (2002, pp. 125-126).

Como lo deja en claro Gascón Abellán, no es posible calificar *a priori* la idoneidad de cada una de estas medidas para facilitar la búsqueda de la verdad (o, por el contrario, para entorpecerla). Es menester, en el marco de un ordenamiento jurídico en particular, identificarlas y proceder luego a enjuiciarlas.

Sin embargo, en este espacio sí es posible realizar un análisis sobre la caracterización básica de estas medidas, para luego facilitar su ubicación en relación con un orden positivo determinado.

Así, es posible comenzar diciendo que todas estas medidas se perfilan dentro de cualquier ordenamiento jurídico como un conjunto de límites al principio de relevancia (también conocido como principio de pertinencia). Para comprender este principio, basta notar lo que Taruffo llama "un principio epistémico más bien obvio" (2010, pp. 161 y ss.), el cual podría formularse así: si el objetivo es definir la verdad de un enunciado, es necesario que se puedan usar todas las informaciones útiles para tal efecto. Se trata, entonces, de establecer si entre un determinado elemento de juicio (fuente de prueba) y la aseveración cuya verdad debe determinarse existe una "relación de relevancia", esto es, una relación por cuenta de la cual, del hecho comunicado por la fuente de prueba, sea posible inferir el hecho afirmado por la parte del proceso.

A este respecto parece importante recordar las siguientes palabras del clásico Jeremías Bentham:

> ¿Qué cosa es prueba? En el sentido más lato que puede darse a esta palabra, se entiende por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero, y

> que se considera como debiendo servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia o no existencia de otro hecho.

Así, pues, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: el uno que puede llamarse el *hecho principal*, que es el que se trata de probar que existe o no existe; y el *hecho probatorio*, que es el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal (2000, pp. 9-10).

Entre el hecho principal y el hecho probatorio ha de mediar un vínculo en virtud del cual, del hecho probatorio es posible concluir la existencia o inexistencia del hecho principal. La existencia de este vínculo permite concluir que el hecho probatorio (la fuente de prueba) es relevante en relación con el hecho principal (la aseveración de la parte objeto de prueba).

Teniendo presente lo dicho, resulta sencillo comprender la siguiente definición de relevancia:

> La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos (Taruffo, 2008, p. 38).

Pues bien, que las medidas institucionales que se vienen comentando impliquen principalmente un límite al principio de la relevancia significa que las mismas, de manera preponderante, restringen el uso de fuentes de prueba en el proceso, en principio relevantes.

Ahora, esta restricción puede verse como una intervención negativa del legislador para la búsqueda de la verdad, pero también, aunque pareciera paradójico, como una intervención positiva. Algunas normas probatorias, al limitar el acceso al proceso de todas las fuentes de verificación relevantes, buscan tutelar valores e intereses distintos a la verdad. En estos casos, tales normas podrían tildarse de contraepistémicas (o al menos no epistémicas); por el contrario, hay ocasiones en que tales normas, al restringir pruebas pertinentes, buscan asegurar un mejor resultado probatorio en relación con la búsqueda de la verdad. En estos casos, las normas son susceptibles de ser calificadas de proepistémicas. No obstante, no es posible dar un ejemplo de cada una de estas normas, desde una perspectiva general (independiente de un ordenamiento jurídico en particular). Esto es así, pues, tal y como se viene diciendo, apreciar como contra-epistémica o pro-epistémica una norma determinada requiere de una evaluación previa del ordenamiento jurídico probatorio específico, dentro del cual ella se enmarca.

Pero la profesora Gascón Abellán es de otra opinión, pues sí se anima a dar ejemplos:

> Formarían una primera clase de limitaciones de prueba que *coadyuvan a la averiguación de la verdad* rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo: el escrito anónimo, el reconocimiento por fotografía, el testimonio de referencia, etc. […] Formarían una segunda clase aquellas limitaciones de prueba que claramente entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad […]. Son ejemplo de estas reglas: la prohibición de prueba lícitamente obtenida; la prohibición, bajo "secreto de Estado", de usar como prueba ciertos documentos que puedan afectar la seguridad nacional; las que dispensan del deber de declarar por razones de parentesco, o para proteger el secreto de las relaciones abogado-cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos […] (2004, pp. 132-133).

Esta tipología normativa exige una observación adicional. En un ordenamiento en el que explícita o implícitamente se haya instaurado la verdad como finalidad institucional de la actividad probatoria, una es la manera de analizar la conveniencia de las normas contra-epistémicas, y otra la idoneidad de una norma pro-epistémica. Es decir, la crítica de las normas contra-epistémicas exige unos criterios distintos a los requeridos para la crítica de las normas pro-epistémicas, pues la crítica de ambas clases de normas estaría guiada por objetivos disímiles: mientras que tratándose de las normas contra-epistémicas lo que habría que especificar sería la conveniencia (e incluso la licitud) de una norma que entorpece la averiguación de la verdad, en lo que respecta a las normas que buscan garantizar y facilitar tal búsqueda, el objetivo sería la determinación de la idoneidad de tales normas en relación con el fin perseguido.

## 4. Las medidas contra-epistémicas en el proceso civil colombiano

Procederé ahora a señalar las medidas contra-epistémicas que he hallado en la normativa del proceso civil colombiano. Quisiera indicar solo aquellas medidas que considero irrazonables a la luz del juicio de proporcionalidad en sentido amplio. Esto es, advierto que algunas de estas medidas contra-epistémicas encuentran justificación aun cuando impidan el conocimiento de la verdad dentro del proceso, pues son necesarias para alcanzar otros objetivos que también se propone el derecho. Es el caso del *secreto profesional*, en virtud del cual se releva a ciertos profesionales de cumplir el deber legal de testimoniar, con el objetivo de proteger

la relación de confianza que tienen estos con sus clientes. Sin la existencia de esta medida claramente contra-epistémica –pues supone una renuncia institucional a conocer toda la verdad al permitirle a una persona especial callar acerca de lo que sabe en torno a un litigio determinado– muchas profesiones serían impracticables, tales como la mía: la abogacía. Mostraré, reitero, solo aquellas medidas que no considero razonables al incumplir las exigencias del juicio de proporcionalidad.

Quizá la institución que de manera más evidente persigue un objetivo contrario a la verdad sea la denominada *confesión ficta*, consagrada en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, llamada también confesión presunta por el artículo 205 del Código General del Proceso. Si bien aludo a textos normativos distintos (e incompatibles, toda vez que el Código General del Proceso viene a remplazar al Código de Procedimiento Civil), la institución consagrada en ellos es la misma: una presunción que funge como una sanción para la parte que no comparece al despacho a absolver el interrogatorio o, haciéndolo, responde en forma evasiva, o simplemente no responde. La confesión ficta o presunta no es una confesión verdadera; es una confesión fingida que el ordenamiento jurídico ordena valorar como prueba, para efectos de suponer la comprobación de una aserción en ausencia de la prueba necesaria. Podría pensarse que ocurre algo similar a lo que pasa con la carga de la prueba, donde la falta de elementos de juicio se ve compensada con una regla de juicio que indica la parte que sufre las consecuencias desfavorables de tal ausencia. Pero la carga de la prueba, tal y como ha sido regulada en nuestro ordenamiento jurídico, es un recurso de *ultima ratio*, al cual acude el juez solo cuando ni siquiera sus poderes de instrucción resultarían útiles para la decisión sobre la veracidad de los hechos del litigio. No sucede así con la confesión ficta, cuya función es sancionar a la parte, y nunca –pues no puede hacerse uso de ella en caso de falta de prueba– hacer posible el juicio.

¿Es razonable esta sanción? ¿Se compadece con las exigencias del principio de proporcionalidad? Nótese que la finalidad perseguida por el legislador –asegurar la comparecencia de las partes a la diligencia de interrogatorio de parte– no tiene reparo alguno desde la óptica de la Carta constitucional. Además, se carece de elementos concretos para negar, en este trabajo, la idoneidad de la medida. Pero, apriorísticamente, es posible dudar de su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No parece necesaria la medida, por cuanto existen otros mecanismos coercitivos que, garantizando la presencia de las partes para la celebración del interrogatorio, no ponen en peligro la búsqueda de la verdad o, en todo caso, implican una lesión menos intensa para tal interés (por ejemplo, la imposición de multas, tal y como lo hace el legislador en el artículo 225 C. P. C., y en el 218 C .G. P) en relación con la prueba testimonial. Pero, definitivamente, no es proporcional en sentido estricto, pues los beneficios logrados con la confesión ficta (por un lado, la presión a la parte convocada para que asista al despacho

judicial y, por otro, la presunción de verdad con la que cuenta el juez una vez ha operado este fenómeno) nunca compensarán el daño que esta institución depara para el establecimiento de la verdad, pues implica fingir que un hecho se probó cuando no ha sido así realmente; este fingimiento, a la postre, puede sustentar la sentencia judicial.

Sin embargo, las medidas contra-epistémicas no son siempre tan evidentes. Pocos dudarán de la naturaleza hostil hacia la verdad de la confesión ficta, pero seguirán convencidos de que el régimen jurídico de la confesión y, en general, del interrogatorio de parte, es idóneo para su obtención, pero, no es así; considérese, por ejemplo, la disciplina legal de las preguntas del interrogatorio de parte. Los artículos 207 y 439 del Código de Procedimiento Civil (así como los artículos 202 y 392 del Código General del Proceso) contienen enunciados normativos de los cuales se extrae una regla bastante clara: el número de preguntas que puede formular una de las partes a la otra es limitado. La intención del legislador a este respecto es clara: limitar el tiempo utilizable para realizar el interrogatorio. Si es así, estas disposiciones consagran reglas de limitación temporal que, como claramente lo afirma Gascón Abellán, son de corte contra-epistémico. Al respecto dice la profesora española:

> Sin duda, la principal razón de ser de estas reglas reside en la necesidad de resolver el conflicto en un plazo no irrazonable de tiempo, algo estrechamente unido a las exigencias de seguridad jurídica que también se proyectan sobre el proceso, y una de cuyas principales manifestaciones es la obligación de alcanzar, en determinado momento, una verdad procesal "definitiva"; este es precisamente el espíritu de la presunción *iuris et de iure* de verdad de las tesis contenidas en sentencias firmes, sobre las que se volverá en su momento. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos donde las diferentes tesis fácticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles (2004, pp. 126-127).

Además de ser contra-epistémica, esta limitación a la formulación de preguntas comporta una transgresión al principio de proporcionalidad. Si bien, la finalidad perseguida por el legislador al implementar estas limitaciones es constitucionalmente lícita (garantizar que, por cuenta del interrogatorio de parte, no se tarde en exceso el proceso), no parece que sean medidas idóneas ni necesarias. No son idóneas porque no alcanzan la finalidad perseguida; dependiendo de la forma como se formulen las preguntas, y de la manera como las mismas se respondan, el interrogatorio puede tomar más tiempo que el esperado por el legislador al consagrar esta restricción. Tampoco son necesarias, pues pueden imaginarse otras medidas en distintas fases y momentos del proceso que, sin afectar de tal

manera la búsqueda de la verdad, abonen a la celeridad de los trámites procesales (piénsese, por ejemplo, en medidas que agilicen la etapa introductiva del proceso –presentación y admisión de la demanda, notificación, contestación, audiencia previa–, tales como la adopción de medios de notificación más acordes con las nuevas tecnologías). No haría falta analizar la proporcionalidad en sentido estricto de estos límites de preguntas, si los mismos no pasan los exámenes de idoneidad y necesidad; sin embargo, puede intentarse una aproximación al respecto, toda vez que es evidente que las medidas en comento no producen ventajas que compensen los daños hechos al objetivo institucional de averiguar la verdad en el proceso; pierden los sujetos del proceso, en especial las partes, una buena oportunidad para poner a disposición del mismo un número significativo de fuentes de prueba, con lo que se gana solamente un ahorro exiguo de tiempo, que bien puede perderse, como ya se dijo anteriormente.

Pero, analicemos otra medida contra-epistémica obvia. El artículo 233 del Código General del Proceso, relativo a la regulación del dictamen pericial, establece una fuerte sanción para la parte que impida la práctica de este medio probatorio: se presumirán ciertas las aserciones que se pretenden probar con la peritación, siempre y cuando estas también sean verificables por medio de la confesión. Si se analiza con cuidado esta disposición se advertirá que, en el fondo, el legislador ha instaurado subrepticiamente otra modalidad de confesión ficta o presunta, en la que la parte que imposibilita una peritación actúa como si estuviere confesando.

¿Se justifica esta disposición? Según lo entiendo, el dictamen pericial persigue integrar las capacidades perceptivas o deductivas del juez, en relación con campos de la experiencia para los cuales su formación jurídica no lo prepara. Algunas veces (quizá más de las que aparentan) la composición de un litigio requiere de conocimientos extrajurídicos, y el perito es el órgano integrador de las naturales deficiencias judiciales. ¿Cómo entender entonces que se dé por probado un hecho de intensa naturaleza extrajurídica, solo por castigar comportamientos ilícitos de las partes? O más que entender, ¿cómo justificarlo, cómo comprenderlo? En el escenario contemplado por la norma en mención, la verdad, que para alcanzarla haría falta la colaboración de un experto en una materia determinada, se sacrifica para satisfacer el ansia sancionadora de un legislador invisible, extraño a las dinámicas propias de un proceso judicial.

Reproche similar merecen las consecuencias estatuidas para la parte que impida u obstaculice la práctica de una inspección judicial. Tanto la norma contenida en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, como la que informa el artículo 238 del Código General del Proceso están inspiradas en la intención de sancionar a uno de los protagonistas del proceso, con lo que se sacrifica la verdad obtenible en él, pues, se presumirán ciertos los hechos que se pretendan probar con esta

diligencia, y que sean contrarios a los intereses de la parte sancionada, siempre y cuando los mismos sean susceptibles de prueba de confesión. Una vez más el legislador probatorio colombiano considera que una conducta ilícita de una de las partes procesables puede traducirse en términos probatorios, concretamente como una confesión. El legislador supone la existencia de confesiones y, por lo mismo, finge el conocimiento de la verdad.

También se advierte una fuerte participación legislativa que incide negativamente en la búsqueda procesal de la verdad, en lo referente a la disponibilidad de la prueba documental. Es clara la preocupación del legislador colombiano por garantizar que el juez cuente con toda la documentación necesaria, con miras a extraer de ella los elementos de juicio pertinentes para decidir el litigio. Prueba de ello es la diligencia de exhibición de documentos consagrada entre los artículos 283 a 288 del Código de Procedimiento Civil y 265 a 268 del Código General del Proceso. En virtud de esta diligencia, el juez, a petición de parte, le ordena a una de las partes de un proceso, o a un tercero, aportar un documento determinado. Durante el término de ejecutoria de la providencia mediante la cual se ordena la exhibición, el requerido podrá formular su oposición, manifestando las razones por las cuales se niega a exhibir el documento. En el momento de proferir sentencia, el juez estimará las razones de la oposición; si las considera válidas, habrá quedado excusada la parte de exhibir la documentación solicitada; si no las estima válidas, procederá de la siguiente manera, dependiendo de si el renuente es la parte o un tercero: si es parte, dará por probados los hechos que se querían probar, siempre y cuando los mismos admitan prueba de confesión; si es un tercero, se le impondrá una multa económica. Estas mismas sanciones serán aplicables a las partes o a los terceros que, sin expresar ningún a razón, incumplan la orden de exhibición de un documento.

Ninguna objeción amerita la sanción estatuida para los terceros que incumplan injustificadamente la orden de exhibición documental. Pero, en relación con la sanción consagrada para las partes, la situación es bien distinta; una vez más se observa en nuestro derecho probatorio un supuesto en el que, a partir de amenazas de fingimiento de prueba, se pretende estimular a las partes del proceso a realizar conductas determinadas; este objetivo es plenamente válido a la luz de los mandatos legales y constitucionales colombianos, pero censurable el medio utilizado en relación con la pretensión de alcanzar la verdad.

El hecho de que solo hasta el final del proceso se decida sobre los méritos de la negativa de exhibir los documentos, deja en ascuas –sin razón valedera alguna– a todas las partes procesales (las interesadas en la exhibición y las que se oponen a la misma), pues bien se pudiera decidir este punto mediante providencia interlocutoria en el curso del proceso. Además, se admite la posibilidad de que el juez,

rechazando o admitiendo los motivos de la parte renuente, se quede sin prueba, y deba acudir a la carga de la prueba para decidir el litigio.

Las medidas contra-epistémicas mencionadas hasta el momento se encuentran en los apartados especiales que traen las dos codificaciones mencionadas para disciplinar la actividad probatoria dentro de los procesos. Es difícil que pasen desapercibidas, incluso para el observador más desprevenido. Pero, es posible que el legislador comunique una medida contra-epistémica en secciones inusitadas de la ley. Tal es el caso de la presunción por falta de contestación de la demanda, estatuida en el artículo 97 del Código General del Proceso. El artículo 95 del Código de Procedimiento Civil establece que la falta de contestación deberá valorarse por el juez como indicio grave contra el demandado; el Código General del Proceso es más drástico: se presumen probados los hechos desfavorables al demandado, siempre y cuando estos sean susceptibles de prueba de confesión.

¿Qué persigue el legislador con esta disposición? Evidentemente, pretende sancionar la no contestación de la demanda, que pasa de ser una carga a un deber en cabeza del demandado. Sin embargo ¿por qué obligar al demandado a darle respuesta a la demanda? Una primera impresión (y quizá haga falta mucha más reflexión) me indica que en el fondo de esta regla repta la intención legislativa de agilizar la toma de decisiones jurisdiccionales definitivas, en aquellos casos en los que el demandado no se manifiesta. Quiere el legislador que el juez pueda tomar una decisión expedita, sirviéndose solo de las aseveraciones del demandante, evitándose así el trámite de un proceso que carecerá de la intervención de uno de sus principales protagonistas –el demandado–. Esta presunción es fuertemente contra-epistémica (pues se invita al juez a dar por probados hechos incluso antes de iniciar la fase de la instrucción procesal), pero, además, puede terminar legitimando errores judiciales. Una decisión solo es correcta si está fundada en hechos debidamente verificados; si el juez puede fallar –o mejor, se le pide que falle– sirviéndose solo de presunciones, es muy probable que se equivoque y, aun así, estaría cumpliendo la ley.

## 5. Conclusión

Nada más lejano a mis intenciones que haber dicho la última palabra sobre los problemas comentados aquí. Como lo advertí al inicio de estos papeles, solo quise exponer otra forma de mirar las cosas. Fue así como exhibí lo que a mis ojos es una contradicción: existencia de medidas contra-epistémicas injustificadas en el marco de un sistema político que exige la comprobación de la verdad en la toma de decisiones jurisdiccionales. ¿Cómo entender que, por un lado, el legislador

diga a los jueces: “deben conocer la verdad antes de tomar una decisión” y, por otro, los exhorte a fallar con simples fingimientos de verdad? El legislador obra en forma misteriosa, pero, a veces, también lo hace en forma absurda.

No quisiera terminar este escrito sin advertir que es posible que existan otras medidas contra-epistémicas que se hayan escondido a mis ojos descuidados. Lo importante es que las personas, para quienes estos temas resultan importantes, se animen a reflexionar al respecto, y vuelquen sus miradas hacia los problemas que nos trae nuestro derecho probatorio.

## Bibliografía

Bentham, J. (2000). *Tratado de las pruebas judiciales. Tomo I.* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Capella, J. R. (1999). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado.* Madrid: Trotta.

Damaska, M. (1986). *The Faces of Justice and State Authority.* New Haven and London: Yale University.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho.* Madrid: Marcial Pons.

Galbraith, J. K. (1987). *Historia de la economía.* Barcelona: Ariel.

Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba.* Madrid : Marcial Pons.

Sotelo, I. ( 2010). *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive.* Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos.* Madrid: Trotta.

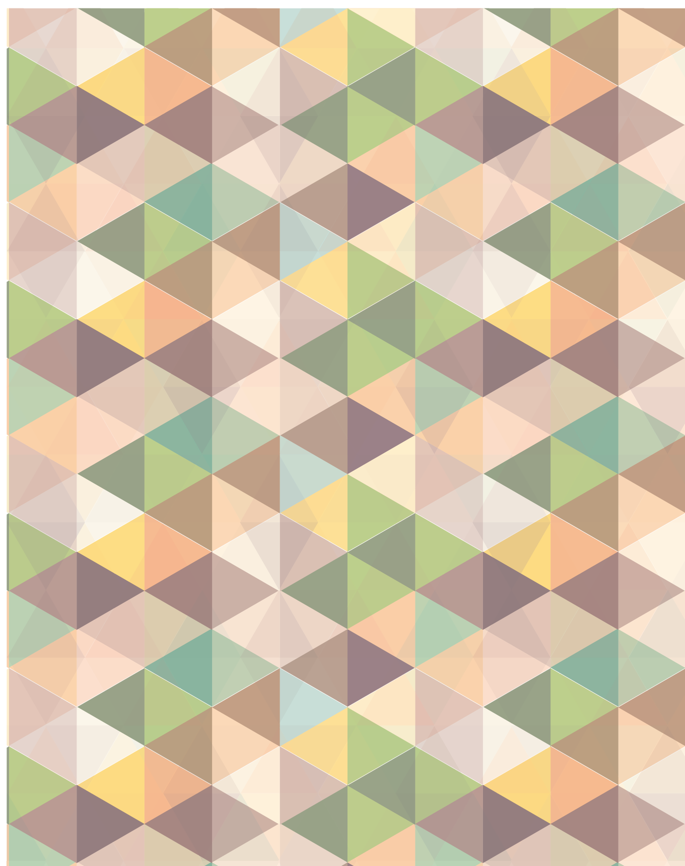
Taruffo, M. (2008). *La prueba.* Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos.* Madrid: Trotta.

Vila Casado, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo.* Bogotá: Legis.




# Derecho procesal y consenso



# Terminaciones anticipadas del procedimiento penal en Suramérica
(Una reflexión desde la verdad en el proceso)

## Anticipated Sentencing in Criminal Procedure in South America
(From Truth in Judicial Process)

*Gabriel Jaime Salazar*[1]
*Universidad Pontificia Bolivariana*
*Colombia*

## Resumen

Este escrito es el resultado del proyecto investigativo “Sistemática acusatoria comparada en Suramérica”. Metodológicamente está fundamentado en documentos y en trabajo de campo, con entrevistas y visitas guiadas a cada uno de los países. Precisamente, se constató que el procedimiento penal, en la región suramericana, es un instrumento destinado a garantizar el acceso a la justicia, tanto para el Estado por medio del órgano de acusación,

1 Profesor del Área de Derecho Penal de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana y de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia). Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho (UPB-GRID) y de *Ratio Iuris* (UNAULA). Este escrito hace parte del proyecto de investigación titulado: “Sistemática acusatoria comparada en Suramérica”, en el cual participa como coinvestigador, el profesor Juan Guillermo Jaramillo Díaz. E-mail: gabrieljaime.salazar@upb.edu.co

como para las víctimas, imputados y terceros, afectados con la posible comisión de un delito. Este acceso no significa el derecho a tener razón en el asunto debatido, sino la garantía mínima de ser escuchado en el ejercicio de los derechos, ante un tribunal independiente, imparcial, en trámite previamente establecido por la ley, y donde en plazo razonable se defina el curso de la persecución penal. Este diseño permite, y así se ha establecido en la región, una serie de salidas alternas o anticipadas a la culminación del procedimiento, como medidas que no escapan a las garantías básicas del debido proceso, y que, bajo estos parámetros, son más un medio de lograr la solución del asunto, que métodos para obligar al Estado a buscar la verdad absoluta o histórica del delito..

**Palabras clave:** Archivo, preclusión, oportunidad, conciliación, sobreseimiento, conformidad, verdad, procedimiento.

## Abstract

This paper is a result of the research project “Comparative Accusatory Systems in South America”. Its method consists in fieldwork interviews, guided visits in each country and documental consults. It was found that South American Criminal Procedure is, legally, conceived as a mechanism to ensure equal access to the Administration of Justice for the States, through their prosecuting organs, Victims and Defendants. Such access implies the minimum guarantee of due process: to be heard in Trial, before an impartial Court, according to precedent law and in a reasonable term, without delays. It was also found that each country has Alternative Dispute Resolution Mechanism that allow anticipated sentencing, based on, not on the actual facts, but on consensual truth.

**Key Words:** File, estoppel, opportunity, reconciliation, plea bargain, true.

# Introducción

Abordar el problema de la verdad en el proceso y vincularlo con el tema penal es un asunto difícil, por todos los elementos sociales y políticos que se involucran al momento de definir el fin u objeto de la justicia penal. Actualmente, los derechos de las víctimas, a la verdad, a la justicia y a la reparación no habilitan para que el trámite de asuntos penales, de forma indefectible, se encamine sin control alguno a la efectividad de estos derechos, ya que en un ambiente democrático, la igualdad de oportunidades para quienes participan en el procedimiento también es un derecho que, de cara a otros sujetos, resulta igualmente exigible. En este sentido cabrían las preguntas: ¿Cuál sujeto no está interesado en la verdad? ¿Quién no tiene derecho a la verdad? ¿Cuál sujeto no está interesado en la justicia? ¿Quién no tiene derecho a la justicia? ¿Cuál sujeto no está interesado en la reparación de daños causados? En sí, la exigencia de estos derechos no es más que un ángulo a partir del cual se analizan estas situaciones, y cuál es la posición asumida en el conflicto de intereses de los sujetos, toda vez que tanto acusador, como víctimas e imputados tienen iguales intereses.

No es extraño afirmar que la verdad en un procedimiento, al menos en países con inicios o tradición democrática como ocurre en Suramérica, y los controles derivados del respeto por los derechos humanos reconocidos por los instrumentos que hacen parte del Sistema Interamericano limitan esa idea de verdad que se pueda construir; por esto, límites como la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos, degradantes, la orden judicial previa, el control judicial posterior, la proporcionalidad en la limitación de derechos no son más que, desde la perspectiva procesal, restricciones para construir una idea de verdad en la actuación. Lo mismo puede afirmarse, dentro del margen de soberanía y configuración legal de los Estados, para la eficacia que conceden las leyes a ciertos medios probatorios, frente al convencimiento de los hechos por parte del juez, tal y como ocurre con la regulación de oportunidades y formas de valoración probatoria.

Lo anterior fue afirmado, ya hace tiempo, por Cafferata (2004) cuando manifestó que el debate actual gira en torno a si la base de solución de un caso penal debe ser la comprobación de la verdad real, indicando que la verdad solo puede ser aproximativa por los límites del conocimiento humano: “huellas que se borran, percepciones deformadas, rutinas burocráticas de investigación, limitaciones legales a la obtención de pruebas”.

# 1. El objeto del procedimiento en el proceso penal

Intencionalmente, este escrito hace referencia a procedimiento y proceso penal; esta diferencia, a simple vista sintáctica, está cargada de todo un sentido teórico y práctico difícil de desconocer, en el entendido de que la actuación penal, en toda Suramérica, está diseñada y regulada legalmente en la clásica división: fase de investigación, juzgamiento, y eventual ejecución, cada una con un objeto diferente que le da sentido lógico a la estructura, tal y como es investigar la posible ocurrencia de un suceso de naturaleza delictiva, e identificar los posibles autores, acusar o pretender una sentencia de condena penal o civil para estos últimos y sus eventuales terceros civiles y, finalmente, hacer efectiva y vigilar el cumplimiento de la sentencia de condena penal.

Ahora, de acuerdo con Alvarado (2010), el proceso como método de debate, compuesto de una serie procedimental lógica -la afirmación, la posibilidad de negación, el momento de confirmación y la alegación- es una totalidad de actos en los cuales existe la idea de proceso, cuyo objeto o fin es lograr una declaración del juez ante quien se presenta el litigio, manifestada mediante la sentencia. Obviamente, todo proceso requiere de un procedimiento.

En materia penal existe una serie de trámites, que aunque legalmente organizados y lógicos, no tienden de forma directa a la realización de la serie del proceso, o de su objeto que es la sentencia; son actos preparatorios o de apoyo para la serie del proceso, como la investigación y el aseguramiento de personas o cosas, o también son actos, ya no preparatorios sino ejecutivos, de la sentencia penal.

Así, resulta que el objeto del procedimiento depende del acto concreto a practicar en la fase de investigación, juzgamiento o ejecución, comoquiera que es particularizado y tiene un fin que lo hace explicable por sí solo, independiente de la fase de su práctica, mientras que el objeto del proceso es uno solo y nunca depende de los actos concretos ya que es una totalidad de actos, sin los cuales no puede generarse tal idea.

Estas premisas permiten afirmar, que en el marco de la actuación penal existen múltiples procedimientos que tienen objeto o fin en sí mismos, como los de captura, aseguramiento de cosas, formulación de cargos, aceptación de cargos, salidas alternativas, incluso, de libertad condicional. Pero, sin duda alguna, solo aquellos que cumplan toda la serie lógica del método de debate permiten construir la idea de proceso con su correspondiente objeto: la sentencia.

Del mismo modo, en cuanto a las terminaciones anticipadas de la actuación penal, cuya naturaleza es simplemente procedimental y, por regla general, evita el agotamiento de toda la serie lógica del proceso, no constituyen proceso independiente del acto judicial por el cual se hacen efectivas -orden, auto o sentencia-; son mecanismos que tienen objetos o fines diferentes según su formulación legal, con lo que se reafirma su carácter procedimental. Solo puede atribuirse como objeto: a. Evitar la continuación del procedimiento ante su falta de éxito para la persecución penal. b. Hacer partícipes protagonistas tanto a víctima como a victimario en la solución del conflicto que genera el delito. c. Lograr economía procesal ante eventos de conformidad. d. Evitar la continuación del procedimiento por motivos político-criminales que evitan la sanción penal.

Así, entonces, con las terminaciones anticipadas del procedimiento penal, los Estados tienen el innegable deber de reconfigurar su objeto, en el marco del derecho de acceso a la justicia, para terminar con esa visión netamente punitiva que históricamente lo ha acompañado, tal y como preguntaba Molina (2012): "El proceso penal configurado dentro de un Estado de derecho, ¿se trata realmente de un proceso, o es simplemente un trámite de carácter administrativo para avalar la imposición de una condena penal?".

## 2. La terminación anticipada del procedimiento penal

En Suramérica, los países miembros de la OEA, y con ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos -en adelante simplemente la Convención-, se han obligado internacionalmente a garantizar los derechos contenidos en dicho instrumento internacional y, además, a establecer que las disposiciones de derecho interno sean compatibles y permitan efectividad de la Convención.

Precisamente, y en forma comparativa, la tendencia actual en Suramérica consiste en lograr un sistema procesal que cumpla efectivamente unos objetivos claros y definidos para el sistema penal, frente al derecho y a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención, el cual establece el derecho que toda persona tiene de ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Asimismo, el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 del mismo instrumento, el cual determina que:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

> Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En efecto, estos derechos enmarcados en el acceso a la justicia en materia penal no comprenden el derecho a obtener sentencia condenatoria o absolutoria, o una sentencia que acoja las pretensiones o excepciones de alguna de las partes (González, 1984); tampoco, el lograr la ejecución de una pena para el sentenciado. Estos derechos tienen su fundamento en lograr una investigación efectiva, respetuosa de las garantías judiciales y el recurso judicial para defender los derechos fundamentales. En esa medida, el derecho que tienen las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación no implica indefectiblemente el establecimiento de medidas legislativas que los reconozcan como sujetos activos del derecho a castigar, ya que este tipo de medida es de libre configuración para los Estados.

Ahora bien, es bastante interesante reconocer que todas las estructuras penales en Suramérica establecen trámites ordinarios o comunes, los cuales están diseñados para regular la investigación, la acusación, el juzgamiento, la ejecución y la reparación de las víctimas, hallando estructuras procedimentales y verdaderas series lógicas de proceso, con sus momentos de afirmación, posibilidad de negación, confirmación y alegación, y cuyo objeto es la sentencia. Sin embargo, no es extraño identificar situaciones que impiden la continuación del procedimiento, y generan una terminación anticipada, toda vez que no se agotará toda la serie procedimental del proceso, o no terminará con sentencia. Estas medidas legales, bajo el control de la Convención, no resultan incompatibles siempre que se garanticen las reglas del proceso debido y el recurso efectivo; se aplican en Suramérica mediante los controles externos del juez, los recursos ordinarios o extraordinarios en cada procedimiento y, en definitiva, los mecanismos constitucionales de amparo como la tutela.

Del mismo modo, un sistema democrático, respetuoso de la presunción de inocencia y de la dignidad de la persona, no es un sistema diseñado exclusivamente para espiar, molestar, o para condenar a las personas; más bien, tiene un diseño que garantiza la defensa de los derechos de todos quienes intervienen con interés en la actuación. Las legislaciones en Suramérica no son ajenas a esta tendencia, unas con medidas menos restrictivas que otras, pero siempre en atención de situaciones que impiden una tramitación completa del procedimiento. En algunos casos se opta por premiar con disminuciones de pena o tratamientos benignos en la ejecución de la sanción, para lograr agilizar la terminación del asunto. Otros casos están diseñados para lograr reparación de la víctima, y en ellos se declina el interés estatal en la persecución penal. Otros más se explican por la necesidad político-criminal de no someter una persona a persecución, acusación o condena, cuando colabora eficazmente en la solución de conflictos más relevantes, o no existe necesidad de pena atendiendo a los bienes jurídicos lesionados, o a la colaboración con otro Estado.

En sí, son múltiples los mecanismos ideados para lograr una salida alternativa al procedimiento penal ordinario; se entiende “alternativa” aquella que busca una solución diferente al castigo, con la participación activa del procesado. De otro lado, existen medidas no alternativas, pero sí anticipadas, de concretar la voluntad estatal de castigar, tales como los casos de conformidad.

En razón de esto, es claro el planteamiento de Cafferatta cuando afirma que:

> En la tendencia política criminal, una consecuencia que se avizora es la relacionada con la disyuntiva entre el principio de legalidad procesal (todo delito debe ser fatalmente investigado, juzgado y castigado, cualquiera fuera su gravedad y con el mismo empeño) y la posibilidad de admitir excepciones a él, por diversas razones (mínima gravedad o culpabilidad; pena natural; reparación de la víctima; descongestión del sistema judicial; fijación de criterios o prioridades para la persecución penal, etc.) propias del principio de oportunidad. Todo esto se deriva de otras preguntas y respuestas, sobre los fines del proceso penal, el tipo de verdad que en él se procura, el papel y funciones de los órganos públicos y de los particulares que actúan en él, etc. (2004. pp. 78-79).

Precisamente, esta visión del proceso penal, en la cual adquieren preponderancia las formas de terminación anticipada, autoriza una forma de repensar la relación entre la verdad y el proceso, en tanto que, de esta forma, se premia la solución bilateral del conflicto, antes que su conocimiento y solución judicial. Con razón el pensamiento de Mercado Maldonado, cuando afirma que:

> La actual reforma del proceso penal en Latinoamérica se debe al tránsito del para-dogma del Estado racional que, al ejercer el *iuspuniendi*, dota de sentido al proceso penal, así como de mayores facultades al juez, y pasa, en la actualidad, al paradigma del sistema de justicia penal como marco de discusión y gestión de un conflicto de intereses aplicado a consecuencia de la comisión de un delito, donde las partes, como interesados en que se resuelva el referido conflicto. (Mercado, 2010. pp. 57-70)

## 3. Regulación legal de la terminación anticipada del procedimiento penal en Suramérica

*Argentina*. Con una organización política federal, habilita varios centros de creación legislativa en los niveles federal, local o provincial; por esa razón, en este escrito se van a abordar tres procedimientos en materia penal: el federal, el de la

ciudad autónoma de Buenos Aires, y el de la provincia de Buenos Aires, lo que obviamente no agotará las más de veinte provincias de la república argentina.

## Argentina

1. *En el sistema procesal penal federal*

   a. *El sobreseimiento*. Es un mecanismo mediante el cual la acción penal se extingue o se impide su ejercicio. Garantiza la libertad del imputado, y procede a solicitud de parte o de oficio por el juez, en cualquier momento de la instrucción; tratándose de la extinción de la acción penal, procede en cualquier momento de la instrucción o el proceso propiamente dicho. Son causales para decretarlo mediante auto: 1. La extinción de la acción penal (la muerte del imputado, la amnistía, la prescripción y la renuncia del agraviado en casos de acción privada). 2. La inexistencia del hecho investigado. 3. La atipicidad del hecho investigado. 4. El delito no fue cometido por el imputado. 5. Por mediar causal de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria. Igualmente, en caso de que no existan suficientes elementos de juicio para atribuir posible responsabilidad al imputado, el Juez de instrucción puede decretar el sobreseimiento.

   b. *Suspensión del procedimiento a prueba.* Establecida en los artículos 76 bis del Código Penal, esta modalidad conlleva la posibilidad de que a aquellas personas procesadas por delitos de acción pública, cuya consecuencia no exceda de (3) tres años de reclusión o prisión, se les suspenda la persecución penal para evitar su encarcelamiento. Eso sí, es una medida para casos leves, donde resulta necesario cumplir las obligaciones que fije el juez, cumplidas las cuales se decreta el sobreseimiento por extinción de la acción penal.

   c. *Procedimiento abreviado.* Fue establecido por la Ley 24825 de 1997, artículo 431 bis C. P. P. N. Es un trámite donde existe conformidad o acuerdo del imputado con el fiscal, acerca de la pena, lo que conlleva el reconocimiento de responsabilidad penal y la eliminación de momentos como la práctica de prueba en juicio, el debate y la resolución de la acción civil en este último caso, exceptuando que las partes acuerden lo contrario. Es requisito que el fiscal solicite una pena privativa de la libertad no superior a (6) seis años, o una pena no privativa de libertad.

## Ciudad autónoma de Buenos Aires

a. *Archivo de la actuación.* En la investigación preparatoria resulta factible, de acuerdo con el artículo 199 C. P. P. B. A., que el Ministerio Público fiscal

proceda a dar por terminada la actuación en algunos casos, con la necesaria participación del juez, mediante el archivo. Esta modalidad puede proceder cuando: 1) A criterio del Ministerio Público Fiscal el hecho resulte atípico. 2) A criterio del Ministerio Público Fiscal la acción esté prescrita o extinguida. Esta decisión deberá ser convalidada por el juez. 3) El autor sea inimputable o se encuentre amparado por alguna causa de justificación o exención de pena. Esta decisión deberá ser convalidada por el juez. 4) De la objetiva valoración de los elementos acompañados surja claramente que no hay posibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho. 5) La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación. En estos eventos la víctima podrá plantear la revisión de la medida ante el fiscal de cámara. 6) Con la conformidad del fiscal de cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes, y aquel hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo, en caso de ser convocado, y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo. 7) Con la conformidad del fiscal de cámara, respecto de algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos, y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con solo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado. 8) Se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el artículo 204 inciso 2.° También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del imputado, pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causal, en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas. 9) Con la conformidad del fiscal de cámara en los delitos culposos, cuando el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. 10) También el fiscal puede decretar el archivo de la actuación por no haber podido individualizar al imputado, decisión impugnable ante el fiscal de cámara.

Respecto del archivo, si se decretó por las causas previstas en las numerales a), b), c), f) e i) del artículo 199, la resolución del fiscal o, en su caso, del fiscal de cámara será definitiva y el Ministerio Público Fiscal no podrá promover nuevamente la acción por ese hecho. En los casos previstos en el inciso f), la víctima no podrá ejercer la acción penal contra el imputado respecto del cual se dispuso el archivo. Si el archivo se hubiera dispuesto por otras causales se podrá reabrir el proceso cuando se individualice a un posible autor o partícipe del hecho, o surjan circunstancias que lo acrediten.

b. *El fiscal puede proponer al imputado y al ofendido otras alternativas para la solución de conflictos* en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública, en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. En caso de acuerdo, el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite. Sin embargo, esta modalidad de salida alternativa ha tenido un fuerte tropiezo en la cámara de apelaciones, en tanto se ha afirmado que implica una disposición de la acción penal que es un asunto que debe regular el congreso nacional. Estas decisiones no han impedido que en la práctica se sigan realizando mediaciones o composiciones. Ahora, estos mecanismos consisten en la intervención de un tercero que tiene capacidad de proponer soluciones a las partes, y se llevan a cabo ante una instancia oficial, exigida en la legislación vigente, a cargo del cuerpo de mediadores que dependen de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, dependiente de la Dirección de Política Judicial del Consejo de la Magistratura, quienes llevan adelante las audiencias con las partes sin intervención de los fiscales o los jueces, a diferencia de otros códigos latinoamericanos en donde se reserva el instituto a las facilitaciones de acuerdos presididas por el juez o por el Ministerio Público.

c. *Suspensión del proceso a prueba.* De acuerdo con el artículo 205 del C. P. P. B. A., en cualquier momento de la investigación preparatoria, y hasta inmediatamente antes del debate, o durante este cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el imputado de un delito de acción pública, reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de (3) tres años, podrá proponer al juez la suspensión del proceso a prueba. Este mecanismo está regulado en el artículo 76 bis del Código Penal, debe ser resuelto en audiencia, y presenta la particularidad de que la oposición del Ministerio Público fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, es vinculante para el juez.

   Ahora, si se cumplen las condiciones impuestas por el juez se profiere sobreseimiento; en caso de incumplimiento, se dispone la continuación del procedimiento.

d. *El avenimiento.* Denominado también, acuerdo entre el fiscal y el imputado, es una forma de terminación diferente del juicio común. Esta figura está regulada en el artículo 266 del C. P. P. B. A., y puede presentarse desde el momento de la notificación o intimación del hecho, hasta los cinco (5) días posteriores a la notificación de la audiencia de debate. El acuerdo debe versar sobre la pena y las costas, con la conformidad del imputado y la asistencia del defensor, lo que significa que se aceptan los hechos con la calificación legal adoptada y la participación responsable en los mismos. Ante este escenario,

el juez, en audiencia, verifica los alcances del acuerdo teniendo posibilidad de homologarlo o rechazarlo cuando no fue fruto de la voluntad plena del imputado, incluso, puede homologarlo y sentenciar por una calificación legal o una pena más favorable.

## Provincia de Buenos Aires

a. *Archivo*. En el marco de la investigación preparatoria el Ministerio Público fiscal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 bis (texto según Ley 13943), puede proceder con el archivo de la actuación en los denominados criterios de oportunidad: 1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuere insignificante, y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión. 2) Cuando el daño sufrido por el imputado, a consecuencia del hecho, torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público. 3) Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a la de los otros delitos imputados.

   Eso sí, para poder aplicar estos criterios surge la necesidad de la reparación o composición del conflicto con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo.

   Durante la investigación preparatoria, en caso de que a juicio del fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la identificación del autor, podrá proceder el archivo de las actuaciones, con comunicación de este acto al juez de garantías, y notificación a la víctima.

   Sin embargo, el archivo también puede proceder luego de la citación a juicio, cuando en los mismos supuestos autorizados: a) Exista anuencia previa y expresa del fiscal general; b) Exista un intervalo de al menos (30) treinta días con el de la fecha fijada para el inicio del debate. En este supuesto, si existiere particular damnificado, se le correrá vista por el plazo de quince (15) días para que manifieste si continúa o no con el ejercicio de la acción penal a su costa.

b. *Sobreseimiento.* Como forma que da lugar a la terminación de la actuación penal, le corresponde su resolución al juez de garantías, siempre a solicitud del Fiscal, el imputado o su defensor, y tiene efectos de cosa juzgada en relación con el imputado a cuyo favor se dicta el auto de sobreseimiento total o parcial; por ende, no beneficia a otros autores o partícipes, eso sí, siempre que la causal sea de naturaleza personal.

Precisamente, son causales que permiten proferir sobreseimiento en la actuación cuando: 1) La acción penal se ha extinguido, casual que procede incluso en el juicio; 2) El hecho investigado no ha existido; 3) El hecho atribuido no encuadra en una figura legal; 4) El delito no fue cometido por el imputado; 5) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria, siempre que no proceda la aplicación de una medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1.º del Código Penal; 6) Habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente motivo para remitir la causa a juicio y no fuere razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo; 7) En los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el juez de garantías, a pedido del fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento; 8) En todos los casos de archivo con imputado determinado, también a pedido de parte, podrá procederse de igual modo cuando hubiere transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso, un plazo superior a los tres (3) años, si se tratare de causa criminal, y superior a un (1) año, cuando lo sea respecto de causa correccional.

Finalmente, es importante resaltar que de acuerdo con el artículo 334 BIS, (incorporado por Ley 13943), una vez finalizada la investigación, si el fiscal estima procedente el sobreseimiento, y existe particular damnificado debidamente constituido, el juez de garantías correrá vista al fiscal de cámara para que se manifieste respecto del pedido. Si no lo sostiene, dará vista al agente fiscal que corresponda, quien deberá formular requerimiento de elevación a juicio. Si el fiscal de cámara mantiene el sobreseimiento, previo a expedirse, el juez de garantías dará vista, por el plazo de quince (15) días, al particular damnificado para que en su caso requiera la elevación a juicio a su costa; en este caso, actuará en el juicio con las mismas facultades del Ministerio Público fiscal.

c. *Juicio abreviado.* Regulado en los artículos 395 y siguientes del Código Procesal Penal de la provincia, es un procedimiento al que se acude por solicitud del fiscal, del imputado o de su defensor, cuando la pena privativa de la libertad no es mayor a quince (15) años, o se trata de una pena no privativa de libertad. Es esencial, en esta modalidad, que exista acuerdo entre el fiscal, y el imputado y su defensor, sobre la pena a solicitar y la calificación legal de los hechos; por esto, se requiere que el imputado y su defensor manifiesten conformidad con esos aspectos.

d. *Juicio directísimo.* Regulado en el artículo 403 bis (artículo incorporado por la Ley 13183) procede en los casos que se inician por flagrancia, y el imputado hubiese admitido la responsabilidad del acto en su declaración, sin haber alegado circunstancias que le significasen la posibilidad de no aplicación de pena;

en audiencia, las partes acordarán continuar el proceso mediante las reglas del juicio abreviado o fijar los puntos litigiosos del caso para solicitar prueba limitada a estos en el debate, y se aplican a ese respecto las reglas del juicio ordinario. En este último supuesto, el proceso deberá llevarse ante el tribunal oral criminal, o ante el juez correccional correspondiente.

## Bolivia

En este país, la legislación en materia de procedimiento penal permite al fiscal solicitar al juez de instrucción una forma alternativa al procedimiento ordinario; bajo esta metodología puede generar la suspensión condicional del procedimiento, la conciliación, la aplicación del criterio de oportunidad o la sentencia en procedimiento abreviado.

a. *La suspensión condicional del procedimiento.* Permite que el imputado, en los casos en que la pena a imponer no sea superior a tres (3) años, acepte la responsabilidad penal en los hechos y repare a la víctima, cuando haya lugar a ello; en vez de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión, se genera la suspensión del procedimiento, lo que permite al final, si cumplen las condiciones fijadas por el juez, la terminación de la actuación penal sin consecuencias punitivas.

b. *La conciliación.* Procedente en casos de conductas culposas que no tengan como resultado la muerte, y en aquellas conductas que afectan el patrimonio económico.

c. *La aplicación de criterio de oportunidad.* También es un motivo de extinción de la acción penal. La modalidad que procede es la renuncia y la suspensión de la persecución penal, la cual se presenta cuando: 1. Se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido (siempre que se garantice la reparación de daños a la víctima). 2. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse (siempre que se garantice la reparación de daños a la víctima). 3. Cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito. 4. Cuando sea previsible el perdón judicial (siempre que se garantice la reparación de daños a la víctima). 5. Cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración con las de otros delitos, o la que se impondría en un proceso tramitado en el extranjero, y sea procedente la extradición solicitada (esta es la causal que admite la suspensión de la persecución penal).

d. *Procedimiento abreviado.* Si bien esta es una forma anticipada de agotar el ejercicio de la persecución penal, y no precisamente una forma de evitar la terminación con sentencia, su procedencia se debe a que el fiscal, en el requerimiento conclusivo previo al consentimiento libre y unilateral del imputado acerca de la aceptación de los hechos, y el acuerdo con el imputado sobre la pena a imponer, solicita al juez de instrucción la aplicación del procedimiento abreviado. Este procedimiento se compone específicamente de una audiencia conclusiva para controlar el requerimiento y proceder el juzgador a verificar los requisitos del procedimiento abreviado, luego de los cuales, si se estiman cumplidos, procederá la emisión de la sentencia, con base en el reconocimiento de culpabilidad, y la pena no podrá ser superior a la acordada, eso sí, respetando el marco de legalidad fijado en el tipo penal aplicado.

## Brasil

a. *Archivo.* La investigación policial solo puede ser archivada por la autoridad judicial, previo requerimiento del Ministerio Público, en caso de que no exista base para la denuncia; cuando el juez no acepte la solicitud, será el procurador general quien determine si se procede con denuncia o se insiste en el archivo, evento en el cual el juez es obligado al archivo. Claro está, cuando esta medida ha sido solicitada por prescripción o causal extintiva de punibilidad o porque el hecho no constituye crimen, la decisión judicial hace tránsito a cosa juzgada y no se puede desarchivar la investigación policial, así surjan nuevas evidencias.

b. *Absolución sumaria.* El juez puede absolver sumariamente y, por ende, de forma anticipada, cuando verifique que no se configuran los supuestos de la conducta punible, por atipicidad, o causales excluyentes de responsabilidad.

c. *Procedimiento sumarísimo.* Regulado por la Ley 9099 de 1995 es un trámite que se caracteriza por la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal, celeridad en la investigación y juzgamiento de conductas de menor potencial ofensivo, cuya pena privativa de libertad no supere los dos (2) años, y se dé la reparación de los daños ocasionados.

   Precisamente, en la fase preprocesal que le corresponde a la policía, es posible, en audiencia preliminar ante juez, y con presencia del Ministerio Público, lograr una transacción civil, la cual puede ser homologada por el juez, mediante sentencia y sin derecho a recurso alguno. También, en esta audiencia preliminar se puede lograr la denominada transacción penal, en la cual la persona acepta ser condenada a una sanción privativa de derechos, o al pago de una

multa, pero nunca una pena privativa de la libertad. En este caso la sentencia homologatoria de la transacción es recurrible en apelación.

## Colombia

*a.* *Archivo.* Orden proferida por la fiscalía, como consecuencia de situaciones objetivas donde no se configure tipo penal alguno, o en eventos de inasistencia injustificada del querellante a la audiencia de conciliación obligatoria. Esta decisión puede ser objeto de control posterior por parte del Juez de garantías.

*b.* *Preclusión.* Auto proferido por el juez de conocimiento ante eventos de extinción de la acción penal, inexistencia de los sucesos investigados, o imposibilidad probatoria de culpabilidad para el juicio.

*c.* *Oportunidad.* En Suramérica, Colombia es el país con más causales de oportunidad en la persecución penal; estas pueden ser aplicadas por la fiscalía, con control posterior del juez de garantías. El mecanismo se halla regulado en los artículos 323 y s. s., de la Ley 906 de 2004, y se fundamenta en criterios de reparación, colaboración, mediación, conciliación, o insignificacia del delito, para evitar el ejercicio de la acción penal.

*d.* *Allanamiento y acuerdos.* Como formas de justicia premial, Colombia establece dos formas de terminar el procedimiento, de manera anticipada, mediante sentencia. El primero de ellos es la forma unilateral, y el otro, la forma negociada con el acusador; en estas fórmulas la víctima no tiene poder de decisión y, que por regla general, ambas tienden a beneficiar punitivamente al procesado.

## Chile

*a.* *Abstención de abrir investigación.* Archivo. Cuando se verifique que los hechos denunciados no constituyen delito, o se considere extinta la responsabilidad penal del denunciado, la fiscalía puede abstenerse de abrir investigación; esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantías. Ahora, cuando lo que ocurre es que no existen elementos suficientes para aclarar los hechos denunciados, o no existen evidencias que permitan avanzar con la investigación, puede el fiscal ordenar el archivo provisional de la investigación, la cual puede ser nuevamente abierta cuando existan los antecedentes necesarios. En este evento, si la víctima no está de acuerdo puede acudir internamente ante las autoridades superiores del fiscal, o externamente ante juez de garantías para presentar una querella, la cual puede generar la obligación de continuar con el ejercicio de la persecución penal.

b. *Oportunidad.* Igualmente, en casos de poca gravedad, por razón de la sanción, o por las calidades del sujeto activo, puede el fiscal dar aplicación al principio de oportunidad, el cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 170 del C. P. P., permite no iniciar la persecución penal, o abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir, que no exceda los quinientos cuarenta (540) días, o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. En esta decisión que debe ser sometida ante el juez de control de garantías para su respectivo control, resulta bastante novedoso que la oposición de la víctima a la aplicación de la oportunidad deja sin efectos la respectiva decisión del fiscal y, por ende, se debe demostrar, de cualquier forma, el interés para que se inicie o continúe la investigación, asunto que será objeto del respectivo control judicial.

c. *La suspensión condicional del procedimiento.* Procede por acuerdo entre fiscal e imputado; esta salida alternativa obliga al cumplimiento de unas condiciones que, en caso de ser verificadas, extinguen el ejercicio de la acción penal mediante sobreseimiento. Precisamente, es posible su aplicación cuando: a) La pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres (3) años de privación de libertad. b) El imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. c) El imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

d. *Acuerdos reparatorios.* El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los cuales deberán ser aprobados por el juez de garantías, en audiencia, siempre que se lleven a cabo hasta la preparación del juicio. Los acuerdos reparatorios solo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves, o constituyeren delitos culposos. Cumplidas las condiciones se procede con sobreseimiento definitivo.

e. *Sobreseimiento definitivo.* Procede ante el juez de garantías, en los términos del artículo 250 del C. P. P: i) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito. ii) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado. iii) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Código Penal, o en virtud de otra disposición legal. iv) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado, por alguno de los motivos establecidos en la ley. v) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad. vi) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido

materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia, en firme, respecto del imputado. Ahora, en Chile no procede el sobreseimiento definitivo, cuando la persecución es de una conducta que constituya un crimen internacionalmente imprescriptible o no amnistiable, exceptuando casos de muerte del imputado, o cumplimiento de la condena.

Igualmente, establece el artículo 270 del C. P. P. una causal especial de sobreseimiento, la cual ocurre cuando el Ministerio Público no subsana oportunamente los vicios de la acusación, caso en el cual, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que existiere querellante particular, que hubiere deducido acusación, o se hubiere adherido a la del fiscal.

f. *Sobreseimiento temporal.* El sobreseimiento temporal, tal y como lo establece el artículo 252 (del C. P. P.) procede: a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de la misma normativa. b) Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes. c) Cuando después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el título VII del libro cuarto del C. P. P.

   El tribunal de juicio oral, en lo penal, dictará sobreseimiento temporal cuando el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de este Código (C. P. P.). En Chile los casos de rebeldía o de no presencia física del imputado en la actuación procesal no suspenden el trámite sino hasta la preparación del juicio o, cuando ocurren en el juicio, se suspende hasta tanto pueda comparecer al juicio.

g. *Decisión de no perseverar en el procedimiento.* Esta posibilidad ocurre cuando la investigación no arroja elementos (antecedentes) que permitan fundar la acusación ante el Ministerio Público; la comunicación de la decisión dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido. Es decir, más que una forma de terminar la actuación, se permite volver a iniciar su trámite ordinario.

h. *Procedimiento abreviado.* Se trata de un procedimiento especial basado en la aceptación de los hechos y la responsabilidad en ellos por parte del imputado, y en los documentos y registros que el Ministerio Público haya reunido durante la instrucción; su conocimiento le corresponde al juez de garantías (artículos 407 y siguientes del C. P. P.).

La aceptación del acusado significa la renuncia al derecho a tener un juicio oral. Requiere una solicitud de pena, concretada por el fiscal, y con un límite de presidio menor en su grado máximo (hasta cinco años). El juez de garantía es el llamado a dictar sentencia.

Ahora bien, resulta importante señalar que el acuerdo no recae sobre la pena, sino en favor del procedimiento a utilizar; a su vez, el consentimiento tiene como objeto los hechos de la acusación y los elementos que la fundamentan. El querellante puede válidamente oponerse al trámite abreviado cuando ha presentado acusación diferente al Ministerio Público y la pena pueda superar los cinco años de privación de libertad.

## Ecuador

a. *El sobreseimiento.* Puede ser provisional o definitivo dependiendo de la intensidad y los alcances de los elementos de convicción sobre los temas de autoría y responsabilidad. El sobreseimiento temporal impone la suspensión de la investigación, por espacio de entre tres (3) y cinco (5) años. El sobreseimiento definitivo implica el archivo definitivo de la investigación, con fuerza de cosa juzgada.

b. *Suspensión condicional.* Figura establecida para los delitos cuya pena no supera los cinco (5) años; la persona tiene que aceptar la autoría del hecho. El fiscal solicita la suspensión y le impone a la persona ciertas obligaciones que debe cumplir hasta por dos (2) años. La causa se archiva definitivamente si la persona cumple esas obligaciones durante ese interregno.

c. *Acuerdos reparatorios.* Se pueden celebrar entre la fiscalía y la defensa del imputado; el fiscal anuncia al juez su contenido, y luego se archiva la causa.

d. *Procedimiento abreviado.* La persona acepta el hecho fáctico y la fiscalía pide la imposición de una pena determinada.

## Paraguay

a. *La investigación no puede superar seis (6) meses contados a partir de la formulación de imputación,* o a partir de la realización de los primeros actos de esa naturaleza, como un allanamiento, por ejemplo. Ese término, sin embargo, puede ser prorrogado en condiciones de normalidad o de excepcionalidad. En el primer caso la decisión la toma el juez penal de control de garantías, a quien el fiscal había indicado cuánto tiempo iba a dedicarle a la investigación. Si el fiscal verifica que necesita más tiempo, sin que el total supere los seis

(6) meses, invoca esta prórroga ordinaria. En el segundo, no sin dejar de comprobar la excepcionalidad, el tribunal de apelaciones, vencido el término sin que exista acusación contra el imputado, ordena archivar sin posibilidad de retoma.

b. *En cualquier momento de la actuación, hasta antes de la celebración de la audiencia preliminar en cuyo interior se revisa la acusación, el Ministerio Público fiscal puede hacer uso de la regla de la "oportunidad",* en los siguientes casos: 1. Cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche mínimo, no genere el interés público en la persecución. 2. Cuando el Código Penal o las leyes permitan al tribunal prescindir de la pena. 3. Cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia, en consideración: i) A una sanción ya impuesta. ii) La que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes. iii) La que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. iv) Cuando se haya decretado, en resolución firme, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en el territorio paraguayo. En la aplicación de esta regla, por parte del Ministerio Público fiscal, se exige el aval del Tribunal de sentencia.

c. *Igual, si hasta antes de la celebración de la audiencia preliminar, el imputado repara el daño causado, y admite los hechos objeto de imputación,* el juez de control de garantías puede disponer la suspensión condicional del procedimiento, por un determinado tiempo, al vencimiento del cual se da lugar a la extinción de la acción penal.

d. *Durante la investigación el fiscal puede requerir del juez de control de garantías un sobreseimiento definitivo o temporal.* El sobreseimiento temporal se da en los eventos de notoria dificultad en la ubicación y obtención de elementos o evidencias, o en los eventos en que estos se encuentren en el exterior. Si se trata de un crimen, el sobreseimiento dura tres (3) años; dos (2), si se trata de un delito. Durante este interregno cesan todas las medidas cautelares, y si nada positivo se obtiene, entonces hay lugar el sobreseimiento definitivo.

e. *Procedimiento abreviado.* En eventos de aceptación de los hechos por parte del imputado, cuando la pena a imponer no supere los cinco (5) años, o se trate de pena no privativa de la libertad, Ministerio Público, querellante e imputado presentan escrito con las peticiones respectivas, y el juez puede condenar o absolver, eso sí, la condena nunca puede superar la pena requerida por los acusadores. Cuando no se acepte el procedimiento abreviado por parte del juez, lo admitido no puede utilizarse como confesión.

## Perú

a. *La fiscalía decide si abre una investigación preliminar* en busca de elementos necesarios para avanzar. El término para hacerlo es de veinte (20) días calendario, y el fiscal, finalmente, puede decidir sobre el archivo de la actuación o si avanza hacia el inicio de la investigación preparatoria. Realmente, se trata de un primer momento dentro de la actuación, en el entendido de que la investigación preliminar hace parte de la investigación preparatoria.

b. *La simplificación procesal se aplica en todo el territorio nacional.* Existe la posibilidad de la negociación directa entre el fiscal y el defensor, sobre las responsabilidades penal y civil; igual, pueden sugerirle al juez la pena imponible. El acuerdo será presentado al juez de conocimiento quien puede rechazarlo o aprobarlo; puede, incluso, modificarlo.

c. *También existe la confesión sincera* frente a la cual hay beneficios de reducción de la pena.

## Venezuela

a. *El Ministerio Público es quien ordena el inicio de la investigación,* siempre que el hecho revista relevancia penal, la acción no esté prescrita, o no exista obstáculo legal para su desarrollo; en esos casos solicita ante el juez de control la desestimación de la denuncia o querella, para así proceder con el archivo.

b. *Se procede con el archivo, sin necesidad de que el juez lo autorice,* cuando la evidencia obtenida no sea suficiente para formular una acusación. Como se trata de una decisión que no hace tránsito a cosa juzgada, es posible reabrirla cuando aparezcan nuevos elementos, siempre que no exista obstáculo legal.

c. *El fiscal solicita sobreseimiento ante el juez de control,* el cual debe resolver la solicitud dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes, siempre que de acuerdo con los establecido en el artículo 300 del Código Procesal Penal, concurra alguna de las siguientes causales: i. El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuírsele al imputado o imputada. ii. El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad. iii. La acción penal se ha extinguido[2], o resulta acreditada la

2 Artículo 49. Son causas de extinción de la acción penal:
1. La muerte del imputado o imputada. 2. La amnistía. 3. El desistimiento o el abandono de la acusación privada en los delitos de instancia de parte agraviada. 4. El pago del máximo de la

cosa juzgada. iv. A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no haya bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado o imputada.

Por otra parte, cuando el juez de control no está de acuerdo con la solicitud de sobreseimiento, de conformidad con el artículo 305 del C. O. P. P., toda la actuación debe ser enviada ante el fiscal superior del Ministerio Público para que sea este quien rectifique o ratifique la correspondiente petición. En caso de ratificar la solicitud de sobreseimiento, con criterio reiterado de altos tribunales de justicia, la opinión es vinculante para el juez de control, debido a la titularidad en el ejercicio de la acción penal; pero en caso de no estar de acuerdo con la solicitud de sobreseimiento formulada, rectifica por medio del cambio de fiscal, y ordena continuar la investigación.

d. *Admisión de los hechos.* Como procedimiento especial que genera agotamiento anticipado de la pretensión punitiva, procede por aceptación unilateral de los hechos objeto de acusación; claro está, se debe tratar de una manifestación libre, voluntaria e informada de las consecuencias de asumir tal comportamiento procesal; incluso, el juez tiene la obligación de verificar e informar todo sobre la admisión del hecho. Por esa razón, la oportunidad para manifestar esta conformidad es en la audiencia preliminar, cuando se ha admitido la acusación y hasta antes de practicar la prueba en el juicio. De acuerdo con el artículo 375 del C. O. P. P., comoquiera que ya no se practicará prueba, la sentencia necesariamente deberá ser declaratoria de responsabilidad penal y, por lo tanto, condenatoria; de ahí que, en estos casos, el juez pueda rebajar la pena imponible desde un tercio a la mitad, incluso, cambiar la calificación jurídica del delito. Si se trata de delitos en los cuales haya existido violencia contra las personas, cuya pena exceda de ocho (8) años de prisión, en su límite máximo, y en los casos de delitos de homicidio intencional, violación, delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes, secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y a la Administración Pública, tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los

multa, previa la admisión del hecho, en los hechos punibles que tengan asignada esa pena. 5. La aplicación de un criterio de oportunidad, en los supuestos y formas previstos en este Código. 6. El cumplimiento de los acuerdos reparatorios. 7. El cumplimiento de las obligaciones y del plazo de suspensión condicional del proceso, luego de verificado por el juez o jueza, en la audiencia respectiva. 8. La prescripción, salvo que el imputado o imputada renuncie a ella, o se encuentre evadido o prófugo de la justicia por alguno de los delitos señalados en el último aparte del artículo 43 de este código.

derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, el juez solo podrá rebajar hasta un tercio de la pena aplicable.

## 4. El problema de la verdad en la terminación anticipada del procedimiento penal

Generalmente, al procedimiento penal se la ha atribuido como fin hallar la verdad, incluso, ese noble pero difícil motivo, es lo que dirige la investigación, instrucción o fase preparatoria de una actuación penal en todo Suramérica. No en vano, por ejemplo, el Código Procesal Penal colombiano establece como norma rectora del procedimiento que "En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia". Así también lo determina importante doctrina en el continente cuando afirma que:

> Como resultante de nuevas condiciones en la América de habla hispana, fundamentalmente de la recuperación o consolidación en sus pueblos de la democracia y de los derechos civiles y políticos, el sostenido avance de procesos de paz en países convulsionados especialmente por la violencia y el cambio de situaciones geopolíticas, aparece un movimiento de reformas relacionadas con el sistema de justicia penal que procura contribuir a la vigencia efectiva de los derechos de las personas y a poner límites a la arbitrariedad estatal en el ejercicio del poder represivo, sin desmedro de la necesaria protección a los derechos de la víctimas y del interés general en la vigencia de la ley, en el imperio de la verdad y en la justa punición del delito (Cafferata Nores, 2004. p. 75)

.

Sin embargo, la lucha por la verdad ha generado, como lo sostiene Bentolila (2006, p. 17 y ss.), que el modelo sustancialista del derecho penal aspire a la llamada verdad sustancial o material, lo que equivale a pretender una verdad absoluta de lo sucedido, carente de límites, y realizable, incluso, por fuera de las reglas del procedimiento. Esta posición es, por demás, cuestionable desde un análisis de derechos humanos, en tanto que los límites que los mismos Estados se han comprometido a no transgredir impiden que se piense en un sistema de tal naturaleza.

> Precisamente, en Latinoamérica, por siglos, se pensó que la justicia penal tenía como función desde hallar la verdad histórica hasta legitimar la imposición de una sanción por parte del Estado: concebir que una persona como el Juez, padre o madre de familia o simplemente miembro de una

> familia, con expectativas de desarrollo académicas, con cargas personales, familiares, profesionales, con limitaciones físicas de tiempo y espacio pueda hallar la verdad histórica; esto es, saber lo que realmente ocurrió en más de miles de procesos penales, es simplemente una utopía, un anhelo, que no corresponde con la realidad. En ese sentido, por décadas se estructuró la justicia penal al logro de algo irreal. Dotar a la justicia penal de un papel legitimador de la imposición de una sanción por parte del Estado –como titular del *ius puniendi*– es caer en un reduccionismo de tal dimensión que no permite la inclusión de mecanismos alternativos ajenos a la imposición de una sanción –ejemplo: principio de oportunidad, conciliación, mediación, suspensión del proceso a prueba, reserva del fallo condenatorio–, que en la actualidad son los pilares de los procesos penales latinoamericanos y que permiten el estudio de nuevas líneas de investigación como, por ejemplo, la justicia restaurativa (Mercado, 2010 p. 69) .

Ahora, toda esta incertidumbre que extrañamente produce el concepto de verdad, lo que ya es bastante paradójico, tiene un reflejo muy bien detallado en las palabras de Bentolila (2006), ya que la verdad es un concepto difícil, más aún, cuando se analiza desde el proceso judicial, así tal concepto pueda utilizarse para referirse a una proposición, como se pregona en la teoría de la correspondencia, en la que la verdad es la adecuación con un hecho real. También, siguiendo al mismo autor, puede afirmase que el término verdad se usa por oposición a lo aparente o irreal: la verdad moral en que se corresponde lo dicho con la persona que lo dice, siendo contraria al engaño; la verdad como coherencia, que apunta a la conjunción de varias proposiciones; la verdad pantónoma, asociada con Dios como fuente de toda verdad; la idea biologista de verdad asumida por Nietzche y Darwin, para quienes es "verdadero todo lo que contribuya a fomentar la vida de la especie, y falso lo que sea obstáculo para ello".

Asimismo, siguiendo al citado autor, entendemos por verdad procesal "la que surge del juicio; la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. ¿Qué significa este principio? Que para el juez, lo importante y lo único es la verdad procesal".

Así, entonces, resulta totalmente problemático compatibilizar el deber de hallar la verdad, con las formas de terminación anticipada del procedimiento penal. Ya se analizó cómo tienen existencia y aplicación estos procedimientos en todos los órdenes procesales de Suramérica, unos con más regulación y amplitud que otros, pero siempre apuntando a una finalización que lleva no necesariamente a la verdad histórica o sustancial, sino a la solución del conflicto, o al logro de la eficiencia del sistema judicial, en otras palabras, a la verdad procesal.

En ese sentido, las terminaciones anticipadas, explicadas en motivos como: i) la imposibilidad de la consecución probatoria, ii) las limitaciones fácticas de los

relatos, iii) el paso del tiempo para ejercer el poder penal, los perdones legislativos o amnistías, no son propiamente fórmulas que apunten a un fin de verdad, o hacia el conocimiento de los sucesos sobre los cuales se fundamenta el procedimiento; antes bien, son obstáculos a una construcción de verdad histórica y sustancial, pero que tienen como fin, también válido, solucionar, o más bien, administrar un conflicto y no esperar indeterminadamente su finalización, lo que también es un derecho de las personas sujetas al poder del Estado.

Igualmente, todas las causales que defienden una salida alternativa a la sentencia condenatoria, como: i) criterios de oportunidad, ii) acuerdos preparatorios, iii) suspensión condicional del procedimiento, iv) mediación, conciliación y todos los mecanismos que integran tanto a víctima como victimario en la causa defienden principalmente una idea de solución del conflicto que acepten las partes o, incluso, el juez. Esta es una situación independiente de la construcción de una verdad histórica o del conocimiento de lo sucedido, ya que prima la verdad consensuada, o la que político-criminalmente se impone.

Finalmente, las terminaciones anticipadas que se fundamentan en la aceptación de hechos, o acuerdos de pena con el acusador, que no son exclusivas de un sistema acusatorio (Guerrero, 2007), siguen la misma línea de lograr una verdad consensuada, incluso, si se quiere, limitada, ya que se basa en lo afirmado por las partes, sin permitir una construcción detallada y legal de lo sucedido, pero que independiente de tal limitación fáctica, no deja de ser, para el derecho penal, una solución del conflicto que elimina la impunidad analizada desde el simple resultado. Asimismo, prima un interés estatal en la solución ágil de los asuntos, lo que puede demostrar eficiencia del sistema procesal, ya que su fundamento no es más que la solución del conflicto, y qué mejor solución que la aceptada por los involucrados. De ahí, que este tipo de terminaciones estén vigentes en todos los sistemas procesales suramericanos.

Sin embargo, esto no quiere decir que la fórmula de terminar anticipadamente el procedimiento, con sentencia, no tenga críticas bien fundadas desde la doctrina, como lo planteó acertadamente Manco (2012) al exigir en la verdad consensuada igualdad de condiciones entre acusador y acusado, ya que en el plano de la realidad puede ser una simulación de consenso, debido al poder del Estado, o a la posición dominante de uno de los litigantes. Pero, aun así, actualmente las críticas y problemas que presentan estas formas de justicia no han logrado eliminar su proyección, que, cada vez, cobra mayor influencia en los sistemas de procedimiento penal.

Todo esto lleva, en definitiva, a pensar que el procedimiento penal, en Suramérica, protege una idea de verdad basada de manera principal en la solución del

conflicto entre posible responsable penal y los afectados con la conducta relevante para el derecho penal, y no en otras ideas basadas en el conocimiento de sucesos que, cualquiera sea su forma, será imposible conocerlos en su totalidad, es decir, se reafirma el carácter de verdad procesal que prima en la realidad y en la legislación.

Asimismo, es una realidad que los límites procesales y sustanciales impuestos a la investigación de sucesos delictivos, y que se ven reflejados en las terminaciones anticipadas del procedimiento penal, generan una idea de verdad netamente procesal que tiende a solucionar y, finalmente, a administrar un conflicto, nunca a brindar herramientas de averiguación incontrolada sobre las personas.

## Bibliografía


Bentolila, J. (2006). La construcción de la idea de verdad en el proceso. Publicado. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*. Lima: EGACAL.

Cafferata Nores, J. (2004). La reforma procesal en América latina. *Sistema acusatorio y juicio oral*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia

González Pérez, J. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas

Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ed. Nueva Jurídica

Manco, Y. (2012). La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano. *Estudios de Derecho*. Vol. 69 (N.° 153) pp. 187-214.

Mercado Maldonado, A. (2010). El Estado en la gestión del conflicto: la reforma del proceso penal en Latinoamérica. Revista: *Opinión Jurídica*. Universidad de Medellín, (17), 57-70.

Molina López, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal*. Bogotá: Ibáñez, Universidad de los Andes, Universidad Pontificia Bolivariana.

# ¿Es realmente acusatorio el proceso penal colombiano?

## Is Colombian Criminal Procedure an actual Accusaroty System?

*Ricardo Molina López*[1]
*Universidad Pontificia Bolivariana*
*Colombia*

## Resumen

El presente texto muestra cómo la huida permanente hacia el derecho penal deja en evidencia la descompensación que se presenta entre la criminalización primaria y la secundaria. Se pone de presente cómo el gran número de leyes penales sustantivas siempre ha desbordado la capacidad operativa de los órganos encargados de su aplicación, para demostrar que el legislador penal cuando crea los delitos simultáneamente aplica alternativas legales para su despenalización o desjudicialización.

**Palabras clave:** Justicia premial, despenalización, desjudicialización, proceso acusatorio, principio de oportunidad.

1 Doctor en Derecho de la Universidad de Sevilla, España. Profesor titular de la Universidad Pontificia Bolivariana [UPB] de Medellín e investigador adscrito al Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) de la misma Universidad.

## Abstract

This papers analyzes how increasing *punitivism* implies the disproportion between primary and secondary criminalization.


**Key words:** Increasing punitivism, primary criminalization, secondary criminalization.

# Introducción

Nos dice el evangelio de san Juan que: "Pilato le dijo: "¿Luego, tú eres rey?" Jesús le respondió: "Tú lo dices: Yo soy rey. Yo para esto he nacido y para eso vine al mundo, para dar testimonio de la verdad. Todo el que es de la verdad escucha mi voz". Pilato le dijo: "¿Qué es la verdad?" [*¿Quid est veritas?*] Dicho esto, salió de nuevo a donde estaban los judíos y dijo: "Yo no encuentro en él culpa alguna"[2].

Me parece oportuna esta referencia bíblica, cuando el asunto que nos convoca es el de la verdad dentro del proceso penal colombiano. Cuando se reflexiona con detenimiento sobre las palabras de Pilato, vemos cómo este buscaba la "Verdad", con una actitud cuestionadora, escéptica. Con todo, al clamor de la tribuna, Pilato se aferró a "una verdad": la verdad de la conveniencia política, el quedar bien ante el César, ante el detentador del poder del Imperio romano.

Pues bien, la propuesta que les traigo es la de invitarlos a buscar una "verdad"; pero no a partir únicamente de un análisis del funcionamiento del proceso penal como instrumento para establecer una verdad —de la cual depende eventualmente la declaratoria de responsabilidad penal de una persona, y la imposición de una consecuencia jurídica llamada pena—, sino analizando la posibilidad de que el proceso penal, y sobre todo, en Colombia, pueda ser considerado un instrumento ideologizante, muy apto para tergiversar la verdad. A mi parecer, ello ocurre de manera muy directa con las formas de disposición de la acción y de la pretensión penales que operan en la Ley 906/2004, bajo la denominación doctrinal y coloquial de "justicia premial".

La Ley 906/2004 es conocida popularmente como el "Nuevo sistema penal acusatorio" del que hay que decir que, desde el comienzo, este cuerpo normativo desprecia la verdad. Ello es así, porque la disposiciones legales allí contenidas apenas dan cuenta de la regulación de lo que podría considerarse el proceso penal ordinario, dejando de lado otras estructuras procesales penales existentes en Colombia, tales como la de menores, la de militares, la de los aforados constitucionales, entre otros. Tampoco tiene en cuenta dicha denominación lo que es realmente un sistema penal, porque dentro de este, el proceso penal es apenas uno de los elementos integrantes. Como ya lo hemos señalado anteriormente, el *iuspuniendi* del Estado comporta la potestad de definir las conductas como punibles, asignarles sus consecuencias jurídicas penales, establecer la forma de

2 Juan 18, 33-38.

procesamiento penal y la regulación de la ejecución penal. El sistema penal es algo pues más complejo que el proceso penal.

Ahora bien, esta Ley 906/2004 introdujo una estructura procesal penal de la cual se predica su carácter acusatorio. Con todo, ello tampoco es cierto, porque hay muchas figuras procesales dentro de ella que obedecen a una distribución de las funciones procesales básicas, más de corte inquisitivo, como ocurre, por ejemplo, con la aplicación del principio de oportunidad y, para lo que nos interesa de manera más directa, con la regulación de la aceptación de responsabilidad penal y los preacuerdos y negociaciones. En efecto, en lo que tiene que ver con los preacuerdos y negociaciones, la Fiscalía tiene la potestad para concretar la imputación y/o acusación, acto propio de una parte, pero también tiene la potestad para decidir sobre ella, sobre todo cuando se preacuerda o negocia la imputación fáctica, la imputación jurídica y la pena a imponer, lo cual es vinculante para el juez, salvo que se afecten derechos fundamentales. Es decir, la Fiscalía tiene la potestad de concretar el objeto principal del proceso penal, y decidir sobre él, en tanto dispone de la consecuencia jurídica imponible que tiene como presupuesto la comisión de una conducta punible.

# 1. Planteamiento general

## La justicia premial en el ordenamiento colombiano

Los antecedentes de la justicia premial en el ordenamiento colombiano se remontan al comienzo de la década de 1980, cuando por medio de la Ley 2/1984, de enero 16, se reguló de manera expresa la declaración del coimputado. Esta ley trajo consigo un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo. No obstante que para ese momento no se había introducido formalmente el principio de oportunidad, el legislador estableció la posibilidad de otorgar una rebaja punitiva al partícipe que primero aportara la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hubiesen actuado en la realización de uno de los mencionados delitos[3].

La tendencia hacia el *derecho penal premial* siguió desarrollándose en la continua producción legislativa[4], hasta verse potenciada de una especial manera por la Ley

3 *Cfr.* Ley 2/1984 art. 34.

4 *Cfr.* Ley 30/1986, art.45; dcto.1199/1987, art.8; dcto.180/1988, arts. 37 y 38; dcto. 2047/1990 arts. 1 y ss. (algunos modificados por el dcto. 2372/1990); dcto. 2790/1990, arts. 63 y 64; dcto. 3030/1990, arts. 1 y ss.; dcto. 303/1991, arts. 1 y ss.; y dcto. 2265/1991, art. 2, entre otros.

81/1993, de noviembre 2. Esta ley modificó el Código de Procedimiento Penal vigente e introdujo, como complemento a la posibilidad de una *sentencia anticipada* por aceptación de la pretensión o por la negociación de esta, en una audiencia especial, la posibilidad de obtener beneficios punitivos adicionales por medio de la *colaboración eficaz con la justicia*. Esta colaboración también servía para evitar un procesamiento penal en los casos de aquellas personas que todavía no hubiesen sido vinculadas a un proceso penal. Así, delatando a partícipes del delito —coautores, cómplices o determinadores—, ayudando a desvertebrar grupos criminales o logrando evitar la comisión de delitos por parte de estos se obtenían beneficios punitivos, la preclusión de la investigación o la inmunidad total. La colaboración eficaz con la justicia podía consistir, en síntesis, en lo siguiente: ayudar a las autoridades para la desarticulación de organizaciones delictivas, o la captura de uno o varios de sus integrantes; aportar información sobre autores o partícipes de delitos, en los cuales no necesariamente había participado el delator; presentarse voluntariamente ante las autoridades judiciales, o presentar una confesión libre no desvirtuada por otras pruebas; lograr con su influencia el abandono voluntario de una organización criminal por parte de uno o varios de sus integrantes; ayudar a la identificación de las fuentes de financiación de organizaciones delictivas, y, con una valoración muy especial, la entrega de bienes provenientes de la comisión del delito. La ley no establecía claramente si los beneficios por colaboración eficaz eran acumulables con aquellos derivados de la confesión y de las diversas clases de aceptación de responsabilidad penal, esto es, de la sentencia anticipada y la audiencia especial. En su artículo 51, la Ley 81/1993 prohibía la acumulación de beneficios, pero no lo establecía en términos claros, con lo cual quedaba abierta la puerta para muchos tipos de interpretación y una aplicación extensiva de aquellos[5]. De tal manera, podía presentarse el caso de una persona procesada que se acogiera a la sentencia anticipada, para obtener así una rebaja de una tercera parte de la pena; a ello se sumaba la confesión del hecho, agregándose, por supuesto, una rebaja de una sexta parte sobre la pena; y, adicionalmente, podía obtener más rebaja por colaboración eficaz con la justicia, lo que le aminoraría la pena imponible —teniendo en cuenta la rebajas anteriores— en dos terceras partes más. Las rebajas punitivas hasta aquí mencionadas se manifestaban en el ámbito de la determinación judicial de la pena, una vez que el juez penal aprobara los acuerdos entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación. Además, durante la ejecución de la pena, se podían obtener rebajas por beneficios de carácter administrativo, como aquellas resultantes de actividades de trabajo, estudio o enseñanza realizadas por el condenado en el

5 *Vid*. Ley 81/1993, art. 51: «Los beneficios por colaboración con la justicia aquí previstos son incompatibles con los consagrados para las mismas conductas en otras disposiciones».

centro penitenciario[6]. Como puede apreciarse, semejante legislación sirvió para que grandes crímenes fueran objeto de una respuesta punitiva absolutamente simbólica, de la cual se sirvieron grandes organizaciones criminales que aprovecharon la *oportunidad* para *"saldar sus cuentas"* con el sistema punitivo del Estado. El legislador, siendo consciente de ello, trató de morigerar la situación y estipuló, expresamente, que en ningún caso los beneficios podrían implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena.

Con algunas reformas parciales[7], tanto la sentencia anticipada como la audiencia especial y los beneficios por colaboración eficaz con la justicia subsistieron hasta la entrada en vigencia del CPP del año 2000; estas instituciones, salvo la audiencia especial, fueron reproducidas en dicha normativa. Posteriormente, en el Código de Procedimiento Penal de 2004, esos medios de terminación anormal del proceso penal se ubicaron dentro de los preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía General de la Nación, y como hipótesis de aplicación del principio de oportunidad.

## El arrepentido procesal

La Ley 1312/2009 modificó el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal con la introducción en este de una nueva hipótesis de aplicación del principio de oportunidad. Así, el citado artículo del Código de Procedimiento Penal dispone en su numeral cuarto que la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar dicho principio cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Se evidencia claramente cómo el legislador acudió a la figura del arrepentido procesal para buscar salvar los obstáculos probatorios que le supone el enfrentarse a las sólidas estructuras criminales existentes en Colombia. Con todo, no deja de ser cuestionable que un sistema procesal que se exhibe como acusatorio y garantista acuda a este recurso tan deleznable.

Esta clase de arrepentimiento tiene una profunda relación con el desistimiento voluntario, aunque no alcance a equipararse con aquel. En esta hipótesis, la colaboración del procesado debe estar orientada a tres objetivos claramente diferenciables, y con carácter no acumulativo. Así, la colaboración puede estar encaminada a evitar la ejecución de un delito, que se supone de carácter permanente o continuado, aunque también puede ser de carácter masivo —el conocido como

6 *Cfr.* Ley 81/1993, art.44 inc. 3 y art. 47.

7 *Cfr.* dcto.1072/1995 y Ley 365/1997.

*delito masa*—. Evidentemente, no podría evitarse la ejecución de un delito ya consumado. También puede prestar su concurso para orientar a las autoridades en la frustración de un delito que se vaya a cometer, lo cual implica que tenga conocimiento de tal situación, aunque la ley no distingue si es necesario que el procesado pertenezca al núcleo de los posibles autores, o se trate de la denuncia de un delito que será cometido por terceras personas.

También la ley estima oportuno no ejercer la acción penal, o desistir de la pretensión punitiva durante el juicio, cuando el procesado colabore eficazmente para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. En este evento tampoco especifica la ley si el colaborador debe pertenecer a la banda que ayuda a desarticular, o si puede tratarse de un grupo criminal ajeno a su pertenencia.

La ley no define qué ha de entenderse por colaboración eficaz, de tal manera que este concepto normativo queda huérfano de una significación, lo cual, a todas luces, es una manifestación de menosprecio hacia el principio de legalidad. Si bien es cierto que el principio de oportunidad busca otorgar flexibilidad en el curso de la persecución penal, no podemos olvidar que ello comporta una modulación de la legalidad, mas, no su exclusión. Así pues, sería conveniente una conceptualización por parte del legislador para delimitar los contornos en los cuales sería procedente el uso de esta causal.

Por su parte, el Código Penal Militar, Ley 1407/2010, regula un supuesto idéntico a este, pero no como una hipótesis de aplicación del principio de oportunidad, sino como una modalidad de los preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía Penal Militar. Es importante recordar que la Constitución Política de Colombia, cuando habla del principio de oportunidad, excluye expresamente su aplicación dentro del ámbito de la Justicia Penal Militar[8]. Con todo, haciendo un quiebre a dicha disposición constitucional, el legislador establece en la primera parte del parágrafo del artículo 493 del Código Penal Militar, que cuando el acusado, previo acuerdo con la Fiscalía, colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer.

El Código Penal Militar restringe esta forma de colaborar con la justicia a los procesados frente a los cuales se haya presentado el escrito de acusación; además, la consecuencia jurídica consiste en una rebaja punitiva de hasta la mitad de la pena imponible. A todas luces, ello comporta una flagrante violación del principio de igualdad, establecido en sede constitucional en el artículo 13. No puede ser

8 *Cfr.* CPC art. 250 inc.1 *in fine.*

de recibo que donde haya una identidad del supuesto se disponga una reacción distinta. En el Código de Procedimiento Penal la consecuencia jurídica es la aplicación del principio de oportunidad, la cual implica el no ejercicio de la acción o la disposición absoluta de la pretensión penal, incluso antes de iniciarse la audiencia del juicio oral; mientras tanto, el Código Penal Militar regula la hipótesis como una forma de negociación con la Fiscalía, y el efecto que le asigna es la disposición parcial de la pretensión punitiva, que puede llegar a concretarse en una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, según los términos del acuerdo que se concrete con la Fiscalía Penal Militar[9].

En todo caso, según la regulación del Código de Procedimiento Penal, que aplica esta hipótesis como una manifestación del principio de oportunidad propiamente dicho, su verificabilidad operativa está supeditada a la intervención directa del Fiscal General de la Nación o de un fiscal especial que aquel designe para estos efectos, según lo dispone el parágrafo 2 del artículo 324 del CPP, cuando se trate de un proceso penal por un delito que tenga asignada pena prisión cuyo mínimo sea de seis (6) años o más. De la misma manera habrá que tener en cuenta que no se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando la víctima sea un menor de dieciocho años —tratándose de conductas dolosas—, al tenor de lo dispuesto por el parágrafo tercero del precepto normativo antes citado.

## La declaración del coimputado

El Código de Procedimiento Penal también considera la declaración del coimputado como una hipótesis de aplicación del principio de oportunidad, entendido este en un sentido estricto. Con todo, la consecuencia jurídica no será únicamente la disposición que haga la Fiscalía sobre el ejercicio de la acción, o de la disposición absoluta de la pretensión penal durante el juicio; a ello hay que agregar que la ley procesal concede la inmunidad total o parcial al imputado acusado que hasta antes de iniciarse la audiencia del juicio oral, se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados[10]. Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad queda supeditada a la materialización del compromiso de declarar, adquirido por el procesado durante el juicio. De esta manera, si una vez concluida la audiencia del juicio oral el coimputado no declara, la ley dispone la revocación del beneficio[11].

9 *Cfr.* CPM art.493 parágrafo.

10 *Cfr.* CPP art.324 num. 5 inc. 1.

11 *Cfr.* CPP art.324 num. 5 inc. 2.

La ley procesal penal pareciera otorgarle dos efectos distintos a la declaración del coimputado como testigo de cargo. Si la ley concibe que esta sea una manifestación del principio de oportunidad, los efectos han de ser los mismos que emanan de las demás hipótesis, esto es, la disposición sobre el ejercicio de la acción y, eventualmente, de la pretensión penal durante el juicio, según lo establece el Código de Procedimiento Penal en su artículo 323 inciso 1. Sin embargo, la ley pareciera asignarle una consecuencia adicional: esta consistiría en el otorgamiento de inmunidad, total o parcial, al coimputado que declare en contra de los demás procesados. Por cierto, es evidente que el legislador hace una regulación precaria de la inmunidad, ya que la única mención respecto de este concepto es la que se encuentra en el numeral 6 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

A lo anterior habría que agregar que el mencionado código no reglamenta, de una manera especial, la declaración del coimputado dentro del juicio oral. Tan solo se refiere a ella anunciando en el artículo 394 que si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos, y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal. Así pues, el coimputado recibe el tratamiento de cualquier testigo, en una disposición de dudosa constitucionalidad en cuanto atenta contra el derecho a la no autoincriminación recogido en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia[12]. Llama la atención que la ley no ordene un especial cuidado para la valoración del testimonio del coimputado[13], a pesar de ser claro que existe la máxima probabilidad de esa sea una declaración absolutamente parcializada, orientada a la consecución de un beneficio personal.

Por su parte, el Código Penal Militar también consigna la posibilidad de la declaración del coimputado. En efecto, el ya mencionado artículo 493, en la parte final de su parágrafo, dispone que el imputado pueda actuar como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes. Esta disposición presenta varias diferencias en relación con la figura consagrada en el Código de Procedimiento Penal. Así, en la legislación procesal penal militar se habla expresamente del imputado y no del acusado; sin embargo, habrá que entender, dentro del contexto semántico, que el legislador se refiere al acusado. Y ello, porque la declaración del coimputado

12 Con todo, la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de dicho precepto mediante la SCC/C n.º 782 de 2005, M. P.: A. Beltrán Sierra.

13 *Vid.* CPP art. 404: «*Apreciación del testimonio.* Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad».

está considerada en dicho cuerpo normativo como una expresión de los preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía Penal Militar. En concreto, la declaración del coimputado aparece como una modalidad de negociación que procede luego de presentado el escrito de acusación, según lo estipula el artículo 493. Así, hay que tener en cuenta, además, que el efecto de dicha declaración consiste en una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, siempre y cuando el coimputado sea el testigo principal de cargo.

De este modo, aparece una regulación diferente, de la misma institución, en dos normativas procesales penales. A pesar de ello, no deja de ser criticable que el legislador establezca la declaración del coimputado como una manifestación del principio de oportunidad, propiamente dicho, dentro de la legislación ordinaria y, sin embargo, lo regule como una modalidad de preacuerdo en el Código Penal Militar. Además de asignarle consecuencias jurídicas claramente diferentes –fuera de las ya anotadas– también es cuestionable que en el Código Procesal Penal, aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia no se le conceda la inmunidad total o parcial al coimputado, a quien, adicionalmente, se le exige que declare como testigo de cargo principal. Esto evidencia serios problemas de constitucionalidad por vulneración –¡otra vez!– del principio de igualdad, lo cual, sin duda alguna, deberá ser objeto del pronunciamiento oportuno, por parte de la Corte Constitucional colombiana, luego de que nos decidamos a interponer la correspondiente demanda de inconstitucionalidad.

## 2. Conclusiones

La huida permanente hacia el derecho penal deja en evidencia la descompensación que se presenta entre la criminalización primaria y la secundaria. Es evidente que el gran número de leyes penales sustantivas siempre ha desbordado la capacidad operativa de los órganos encargados de su aplicación. De allí que el mismo legislador penal, cuando crea los delitos, simultáneamente presente alternativas legales para su *despenalización* o *desjudicializació*n. Ello no deja de resultar paradójico porque, por un lado, se envía el mensaje a la sociedad de una creciente expansión del derecho penal, que busca controlar, por medio de la amenaza de la pena, la enorme cantidad de riesgos propios de la sociedad actual; mientras que, por la puerta de atrás, el mismo legislador —que le vende la promesa punitiva a sus electores— es el que inserta en el ordenamiento jurídico los mecanismos que permiten eludir la imposición o la ejecución de la consecuencia jurídica, manifestando, eso sí, que se aplicó el derecho penal sustantivo a través del proceso penal.

Las soluciones que tradicionalmente se han formulado para tratar de aliviar esa descompensación entre el derecho sustantivo y su aplicación han sido fundamentadas, las más de las veces, con argumentos de tipo formal y, preponderantemente, económicos. Hoy en día, en medio de una expansión desmesurada del derecho penal, y cuando la crisis en la justicia penal llega a unos niveles francamente cuestionables, el análisis económico del derecho presenta un arsenal de instrumentos para potenciar las soluciones a dicha crisis. El problema surge cuando, desde esta perspectiva, so pretexto de buscar la productividad de la justicia penal y, por tanto, su eficiencia, se pasa de largo frente a los principios que operan como límite a los fundamentos material y formal del iuspuniendi, y termina afectándose la verdad, de manera directa, en la configuración y funcionamiento de todo el aparato que soporta la intervención punitiva.

El problema del enfoque netamente formal y económico también se manifiesta en la reconfiguración de los elementos materiales que sirven de base a la fundamentación del juicio penal y, por ende, se altera la verdad jurídica que ha construido la ciencia penal. Es decir, las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito quedan vacías de contenido ante las soluciones *eficientistas* que buscan salidas negociadas o alternativas al juicio. El concepto de proceso penal, en sí mismo, queda reducido a un solo acto en el cual se verifica el objeto de la negociación entre acusadores y acusado; y, ciertamente, todo ello, más que opciones, son claudicaciones ante el paso avasallante del derecho penal expansionista, que terminan por tergiversar todas las expectativas de verdad frente a la justicia penal.

## Bibliografía

Presidencia de la República de Colombia (1995). Decreto 1072 de 1995. Por el cual se reglamentan los artículos 49 y 50 de la Ley 81 de 1993. Bogotá.

Presidencia de la República de Colombia (1970). Decretos 1400 y 2019 de 1970. Por los cuales se expide el código de procedimiento civil. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia (1984). Ley 2 de 1984. Por la cual se establece la competencia de las autoridades de policía; se fija el respectivo procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación; se fijan competencias en materia civil, penal y laboral, y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 81 de 1993. Por la cual se introducen modificaciones al Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia (1997). Ley 365 de 1997. Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada. Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia (2010). Ley 1407 de 2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar. Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia (2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Congreso.

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-782 de 2005. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: Congreso.

# La conciliación. Su verdad como consenso en Colombia

## Conciliation. Its truth as consensus in Colombia

*Adriana Patricia Arboleda López*[1]
*Corporación Universitaria Lasallista*
*Colombia*

## Resumen

La conciliación en derecho constituye una herramienta primordial para la terminación consensuada de los conflictos. Su finalidad es lograr paz entre las partes con la resolución

1 Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo (2013). Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (2009), especialista en Derecho Administrativo (2000). Abogada conciliadora (2012). Docente Directora del Consultorio Jurídico y del Centro de Conciliación Lasallista Juan Rafael Cárdenas Gutiérrez del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Educación de la Corporación Universitaria Lasallista. Docente investigadora miembro del grupo de investigación en derecho GRIDE de la Corporación Universitaria Lasallista. Miembro de la Red de Derecho Procesal. Capítulo, resultado de investigación en tesis doctoral denominada "La Conciliación, como instrumento de solución integral a los conflictos de familia" desarrollado en convenio marco entre la Corporación Universitaria Lasallista y la Universidad de Medellín, realizado entre los años 2010 y 2013, el cual fue dirigido por la Dra. Diana María Ramírez Carvajal. Financiado por el Fondo para el Desarrollo Investigativo Lasallista. E.mail: adarboleda@lasallista.edu.co

integral del conflicto, no solamente del conflicto jurídico. Esta práctica promueve la solución pacífica mediante la cultura de acuerdos, dada su celeridad, su sencillo trámite y la injerencia interdisciplinaria que tiene con otras ramas del saber dedicadas al estudio del sujeto en sus relaciones humanas. En Colombia, de manera errónea, se exige la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para la mayoría de procesos judiciales, requisito con el que se desvirtúa la idea de mutuo acuerdo entre partes. Y es que la conciliación prejudicial, que está fundamentada en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, da como resultado, en muchas ocasiones, acuerdos sin sentido, que no se ajustan a la verdad, en tanto que las partes no se encuentran en disposición de negociar, lo que da como resultado el entorpecimiento del acceso de las personas a la Administración de Justicia, con lo que se distorsiona la naturaleza jurídica de la conciliación que busca la armonía, la convivencia pacífica y la construcción del tejido social.

**Palabras clave:** Conciliación, requisito de procedibilidad, conciliador, conflictos, interdisciplinariedad, autonomía de la voluntad.

## Abstract

Conciliation is a primary legal tool in alternative dispute resolution. It aims to bring peace *inter* parties, solving their legal and *extra* legal conflicts. It promotes the peaceful settlement of agreements, through a simple procedure and the intervention of several disciplines of study focused on human relations. Colombian Procedural Law establishes *pre* judicial conciliation as a burden parties must fulfill, before triggering the formal judicial process. Such burden distorts the alternativeness of Conciliation and brings various disadvantages, as it may degenerate to a way of establishing absurd agreements that tend to obstruct access to the Administration of Justice.

**Key Words:** Settlement, procedural requirement, adjudicator, conflicto, interdisciplinarity, autonomy.

# Introducción

> La virtud, de acuerdo con el pensamiento aristotélico, es un término medio relativo a nosotros, regulado por la recta razón como lo haría un hombre prudente. La virtud se relaciona directamente con la forma de actuar de las personas, estas actuaciones o acciones deben conducir a un bien y este debe ser generador de felicidad en el hombre (Garcés y Giraldo, 2013b, p. 181).

La sociabilidad es una particularidad de la naturaleza humana, por lo que en el encuentro con los demás es inevitable que surjan conflictos de intereses. Si bien es cierto la conciliación es un mecanismo para la solución de los conflictos que han acompañado al hombre a través de la historia, en nuestro sistema normativo se constituye en una novedad en formación, que a pesar de estar consagrada en la Constitución y en otras normas que la han desarrollado, aún se evidencia desconocimiento de sus ventajas por parte de los operadores jurídicos y de la comunidad en general.

El Estado ha establecido la idea errónea de que él mismo debería ser la panacea para la solución de todos los problemas sociales, jurídicos y estructurales de la Administración de Justicia; no obstante, con el paso del tiempo se evidencian con mayor fuerza los retrasos en la implementación de soluciones rápidas y eficaces para las diferentes controversias.

El legislador, consciente de esta situación diseñó el campo normativo de la conciliación, y dejó abierta la posibilidad para que las universidades que tuvieran facultades de Derecho crearan sus propios centros de conciliación, de lo cual se colige un doble propósito: por un lado, que a través de los futuros abogados se empezara a crear una cultura encaminada a la conciliación, como un mecanismo no judicial pero de carácter jurisdiccional, en la búsqueda de la solución de los conflictos; por otro lado, creada esa cultura, ella redundaría en la pretendida descongestión judicial y, lo más importante, en la solución de los conflictos, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad.

La conciliación es entendida como un acuerdo en donde las partes enlazadas en un conflicto puedan tomar decisiones de manera consensuada. Téngase en cuenta que en esta figura el conciliador es solo un moderador, un colaborador imparcial que debe actuar con conocimiento en el manejo del conflicto jurídico, pero, a la vez, con respeto hacia las partes en tanto que la decisión en la conciliación radica única y exclusivamente en ellas. Cuando se habla de voluntad se habla del querer, del desear, del pretender; por tanto, este deseo no debe ser condicionado en manera alguna ni por el conciliador, ni por terceros y, mucho menos, por parte de la

norma que en el ordenamiento jurídico colombiano establece la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la Administración de Justicia.

En ese orden de ideas, el presente texto abordará cuatro temas centrales: en primer lugar, se hará un desglose de la regulación normativa de la conciliación en Colombia; en segundo lugar, se mostrará la conciliación como una actividad jurisdiccional; en tercer lugar, se analizará la conciliación como requisito de procedibilidad o conciliación prejudicial para acceder a la Administración de Justicia; por último, se abordarán algunas propuestas para que este mecanismo alternativo —la conciliación— realmente sea un consenso entre las partes en conflicto.

## 1. Regulación normativa de la conciliación en Colombia

Desde mediados del siglo XX nuestro ordenamiento jurídico ya consagraba la posibilidad de ejercer la actividad conciliatoria como una forma de solucionar los conflictos que se presentaban en el desarrollo de las relaciones laborales. Es así como en 1948 se empieza a aplicar, con base en los decretos 2158 y 4133, de ese mismo año, que contenían las normas originales y reguladoras del Código Procesal del Trabajo, con lo cual ese Estatuto se constituyó en el primero que estableció la conciliación en el ámbito procesal (Saade, 2008, p. 31).

Posteriormente, a partir de 1970 el Código de Procedimiento Civil empezó a regular este mecanismo en los asuntos de mínima cuantía que correspondieran a los procesos desarrollados bajo el trámite verbal sumario.

Pero dicha conciliación no fue exclusivamente judicial; en efecto, el Decreto 2383 de 1989, que desarrolla la Jurisdicción Agraria, indicó que en los procesos de deslinde y amojonamiento se debía poner en marcha una audiencia preliminar a la presentación de la demanda, lo que dio inicio a la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia ordinaria. Se colige de lo anterior que la implementación de la conciliación en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra estrechamente ligada a la actividad judicial.

La crisis de la Administración de Justicia, presente en este siglo, genera congestión en el sistema judicial y exige, en consecuencia, el diseño de mecanismos que contribuyan a combatir esa situación, por lo que se expidió la Ley 23 de 1991 que desarrolló todo un compendio normativo que hacía de la conciliación un instrumento de procedibilidad para acceder a la justicia. La conciliación fue concebida

como una forma alternativa a través de la cual las partes podían intentar y/o resolver sus controversias antes de tener que acudir al proceso judicial; su propósito era facilitar el acceso a la jurisdicción ordinaria en los asuntos de competencia laboral y de familia, y a la jurisdicción contencioso-administrativa. En la norma citada fueron autorizados como conciliadores los inspectores de trabajo y las personas jurídicas de derecho público, lo que indica que inicialmente se determinó que serían conciliadores ciertos funcionarios públicos en razón de sus funciones.

En forma paralela a la ley antes mencionada, el constituyente primario aprobó, puso en marcha e implementó en ese mismo año una nueva Carta Superior a través de la cual, en su artículo 116, da una posición preponderante a la conciliación, a la que, además de darle el carácter constitucional como mecanismo alternativo de solución de conflictos, la convierte una actividad jurisdiccional según lo establece la Corte Constitucional en sentencia C-223 de 1996. Con esta disposición se dan los primeros pasos para desplazar la competencia jurisdiccional, hasta ese entonces exclusiva del Estado, representada en los jueces de la República, alcaldes o empleados públicos. De hecho, la norma delegó en un sujeto particular esa facultad de administrar justicia, aunque haya sido de manera transitoria, en el entendido de que la conciliación solo se perfecciona cuando las partes enlazadas en un conflicto, de manera voluntaria, entregan el asunto en manos del conciliador, quien presenta fórmulas de arreglo, de las cuales puede surgir un acuerdo conciliatorio que le ponga fin de manera parcial o total. De ese acuerdo, entonces, se desprenden dos efectos que ofrecen seguridad jurídica y hacen exigibles las obligaciones o compromisos que surjan de la conciliación: hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo (Junco, 2007, p. 30).

Con la facultad jurisdiccional dada por la Constitución a los conciliadores y a los árbitros surge la Ley 446 de 1998, que desarrolla los mecanismos alternativos de solución de conflictos; esta disposición fue modificada, a su vez, por la Ley 640 de 2001, que define la conciliación extrajudicial y judicial en los asuntos susceptibles de ser conciliados, y que sean de conocimiento de los jueces contencioso-administrativos, laborales y de familia. La normativa citada también regula la creación de los centros de conciliación de carácter privado, lo cual permite concluir que esta actividad ya no era exclusiva de las personas jurídicas de derecho público, ni de las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, o corporaciones, que cumplieran ciertos requisitos, sino que facultaba a las personas jurídicas sin ánimo de lucro para crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho; adicionalmente, dejó expresamente establecido que las conciliaciones llevadas a cabo por los entes públicos deberían ser gratuitas, y que a los centros de conciliación no les estaba permitido hacer conciliaciones de procesos cuya competencia estuviera establecida para la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero lo más relevante, y que se constituye en el eje del presente escrito, fue que la Ley 640 de 2001, en su artículo 36, reguló la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción civil, administrativa y de familia, lo que significa que cuando una persona quiera interponer una demanda ante la jurisdicción civil, administrativa o de familia, primero debe intentar conciliar con la otra parte ante un conciliador debidamente facultado.

Son estas las bases normativas a través de las cuales nuestra legislación consagró la conciliación, de una parte, como una actividad netamente jurisdiccional, y de otra, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, igualmente con carácter jurisdiccional. Lo anterior constituye uno de los primeros pasos dados para delegar en los particulares la actividad jurisdiccional propia del Estado.

## 2. La conciliación como actividad jurisdiccional

El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia estableció que "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o árbitros", por lo que les otorgó una facultad jurisdiccional a las entidades públicas expresamente autorizadas por la ley, y a algunos particulares, entre ellos, a los estatuidos como conciliadores, con lo que se inicia un desplazamiento de la actividad jurisdiccional, que era exclusiva del aparato jurisdiccional en cabeza de los jueces, a otros entes públicos y privados (Velásquez, 2013, p. 85). En consecuencia, la actividad jurisdiccional ha dejado de ser un monopolio exclusivo del Estado para extenderse a nuevos actores que operan en calidad de administradores de justicia; ejemplo de ello es el artículo 24 del Código General de Proceso, que otorga facultades jurisdiccionales a algunas superintendencias, además de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, que en el mismo sentido entregan facultades jurisdiccionales a entidades públicas.

Independiente de la posición que se tenga respecto de la delegación de la función jurisdiccional, lo claro es que "el conciliador, al ejercer la actividad conciliadora, desempeña una actividad jurisdiccional" (Junco, 2007, p. 238), y esa función lo convierte en administrador de justicia de forma transitoria; de allí que los procesos de conciliación no se deben evidenciar como un simple trámite preprocesal para acudir a la justicia ordinaria, sino que el conciliador en derecho, al facilitar que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio, lo hace con "las mismas calidades de un Juez de la República", siempre y cuando el acta de conciliación sea debidamente registrada, y se "asemeje a una sentencia", la cual presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada. He ahí el compromiso ético que el conciliador en derecho

tiene no solo con la justicia, sino también con la sociedad que ha depositado en él toda su confianza, en tanto que la conciliación también busca lograr la convivencia pacífica en sociedad. "Es diferente hablar de la convivencia en general, que hablar de la convivencia directa con el otro. Anotando que la diferencia en esta relación se encuentra en la vida del animal de realidades, donde cada una de las personas se posee a sí misma, teniendo en cuenta la realidad, la sociedad, el mundo en el cual vive" (Suárez, 2007, p. 10).

Entonces, el conciliador que se encuentra transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia debe estar supeditado a los postulados éticos de la buena práctica profesional, que llevan inmersa la necesidad de aplicar principios bioéticos que guíen el desarrollo de su actuación en el proceso conciliatorio, los cuales son:

> *Principio de autonomía de la voluntad de las partes.* Todas las decisiones que se asuman en el proceso conciliatorio dependen directamente de las partes involucradas en el conflicto. Los interesados gozan de la facultad de definir el lugar en donde se llevará a cabo la conciliación, elegir el operador, y aceptar o no las propuestas de arreglo en la conciliación. A la conciliación las partes podrán concurrir con o sin apoderado, según su voluntad.
>
> *Principio de informalidad.* Las actuaciones de los conciliadores y centros de conciliación se caracterizarán por el mínimo formalismo, sin perjuicio de las obligaciones del conciliador frente a la verificación de la legalidad del acuerdo conciliatorio.
>
> *Principio de celeridad.* En virtud del principio de celeridad, las actuaciones de los operadores de la conciliación y de las partes deben llevarse a cabo sin dilaciones.
>
> *Principio de idoneidad.* Para la prestación del servicio de conciliación extrajudicial en derecho, se debe garantizar que los conciliadores estén capacitados en Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, en los términos que establezca para el efecto el Ministerio Justicia y del Derecho. Los Centros de Conciliación deben garantizar que los conciliadores inscritos en sus listas sean especializados y se actualicen constantemente.
>
> *Principio de gratuidad.* Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante los centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de Derecho, ante centros de conciliación de las entidades públicas, y ante los conciliadores en equidad son gratuitos.
>
> *Principio de confidencialidad.* Salvo en materia de lo contencioso-administrativo en la que impera el principio de publicidad, la conciliación

> tiene carácter confidencial; los que en ella participen deberán mantener la debida reserva y las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso judicial subsiguiente cuando este tenga lugar. Con todo, si durante la audiencia de conciliación se ventila la comisión de un delito, los conciliadores tienen el deber de denunciar este hecho ante las autoridades públicas competentes.
>
> *Principio de imparcialidad y neutralidad.* En todo momento, el conciliador deberá dar a las partes un tratamiento equitativo y deberá mantener una posición imparcial frente a las partes. De igual manera, los conciliadores deben asegurar su neutralidad frente a las circunstancias del caso.
>
> *Principio de participación.* La conciliación debe generar espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función de administrar justicia y evitar la conflictivización de la sociedad.
>
> *Principio de la no territorialidad.* La competencia por el factor territorial no aplica frente a la conciliación. Con todo, en tratándose de asuntos contencioso-administrativos, la conciliación deberá intentarse ante el Agente del Ministerio Público que actúe ante el juez competente para conocer de la controversia.
>
> *Principio de flexibilidad.* Los operadores de la conciliación deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes. En todo caso, sin transgredir el ordenamiento jurídico.
>
> *Principio de la buena fe.* En todo momento el conciliador y las partes obrarán con lealtad y sinceridad, y ajustados a una conciencia recta. (Arboleda, 2014, p. 19).

Hablando sobre las virtudes éticas que deben tener los profesionales del derecho, y en especial los conciliadores, se entiende la virtud como el hábito que hace el bien en las acciones de los seres humanos y que requiere de la prudencia para desarrollar los actos justos (Garcés y Giraldo, 2013a, p. 165).

En este sentido la responsabilidad del conciliador también es con la sociedad, dada su función de facilitador de la comunicación acertada, del acercamiento entre las partes, de la aproximación con el otro, en tanto que existen diversos intereses, posturas y posiciones, diversas formas de encontrarse y de "abrirse" al otro. Ello indica que cuando el conciliador logra entender a cada una de las partes en conflicto, consigue su acercamiento y propone una solución integral para ambas está impactando positivamente a la sociedad.

La razón última de la diferencia es que, formalmente hablando, la sociedad no tiene vida. No hay vida social, la vida la tiene cada una de las personas que están en sociedad. Lo único que hay son las vidas de cada cual socialmente tomadas. (Zubiri, 1986, p. 302).

## 3. La conciliación como requisito de procedibilidad o conciliación prejudicial

Los presupuestos procesales hacen parte de los requisitos mínimos de orden legal que se deben satisfacer para que ciertos actos como la demanda, la denuncia o la querella, sean admitidos por el juez; con ello se otorga la competencia para conocer el conflicto que se pone a disposición y se inicia todo el trámite procesal tendente a tomar una decisión de fondo a través de una sentencia, como requisitos sin los cuales este acto no nace a la vida jurídica. Esta argumentación se encuentra en concordancia con la definición que sobre los presupuestos procesales dio Giocometto 2014 así:

> Requisitos que inexcusablemente han de concurrir en todo proceso para la constitución válida de la relación jurídica-procesal, y cuya falta determina, según la índole del presupuesto, la nulidad del juicio o la inhibición del juzgador para desatar el fondo de la cuestión litigiosa (Giacometto 2014. p. 261).

De la teoría que desarrolla este asunto se desprenden varias clases de presupuestos procesales; de ellos, unos son previos al proceso y se subdividen en (i) presupuestos procesales de la acción, que son los que se deben satisfacer de manera efectiva para ejercitar la acción válidamente; (ii) presupuestos procesales de la demanda, que son los necesarios para que el juez competente admita la demanda e inicie la relación jurídico-procesal, con la que pueda decidir de fondo; y (iii) otros presupuestos procesales del procedimiento, que son los que se tienen que ajustar al procedimiento como garantía del debido proceso hasta culminar con la sentencia, excepto que el proceso concluya de manera anormal.

De acuerdo con lo planteado, la conciliación, como requisito de procedibilidad, se constituye en un presupuesto de la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 640 de 2001, que a la letra dice: “Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley dará lugar al rechazo de plano de la demanda”; en consecuencia, el incumplimiento de este requisito conduce al rechazo de la demanda, dado que ni siquiera se le da la oportunidad a

la parte de subsanar dicha situación, y con ello se amplían las causales del rechazo de la demanda establecidas en el ordenamiento legal, que antes estaban sujetas solo a la falta de jurisdicción o competencia, y a la caducidad de la acción.

La conciliación prejudicial es la que se realiza antes de acudir al proceso judicial como requisito de procedibilidad para iniciar la litis, es decir, como presupuesto procesal; esa situación supone que las partes, en cierta medida, sean conducidas a buscar alternativas o a considerar la conciliación como un medio de resolver el conflicto antes de acudir al proceso judicial, sin que sea obligatorio conciliar, tal como lo consagra el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, al regular la procedencia del requisito de procedibilidad, en los siguientes términos:

> Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso-administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas.

Por ende, la conciliación, adicional a ser consagrada en la Constitución de 1991 como un mecanismo de acceso a la justicia, tiene una naturaleza estrictamente jurídica y procesal. Todo ello conduce a que la doctrina, la jurisprudencia y, muy especialmente, nuestro legislador se ocupen cada vez más de la conciliación, como un medio alternativo de solución de los conflictos.

Se busca, así, crear y desarrollar en nuestra sociedad una cultura partidaria de la conciliación; prueba de ello es el cúmulo de normas que se han sancionado, incluso con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, para regularla, especialmente con la puesta en marcha de las leyes: 23 de 1991; 446 de 1998; 640 de 2001; 1098 de 2006; 1123 de 2007, y 1395 de 2010, normas todas que han consagrado la conciliación como un mecanismo alternativo para la solución de los conflictos jurídicos.

El inconveniente que se presenta es que, erróneamente, han querido establecer la conciliación como una obligatoriedad de consenso, desconociendo con ello el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En la realidad la conciliación como requisito de procedibilidad no es un mecanismo de descongestión judicial; es el fenómeno por el cual el acuerdo da como resultado el hecho de que no hay necesidad de acudir al aparato judicial, toda vez que el conflicto quedó resuelto por las mismas partes.

Ahora bien, se presenta ambigüedad cuando se tiene la conciliación como mecanismo de acceso a la justicia, en tanto que mirado de esta forma, lo que se

exterioriza es exactamente lo contrario: un obstáculo más para que los ciudadanos puedan acudir a la justicia. Y es que la naturaleza misma de la conciliación no es ser tenida en cuenta como un presupuesto procesal, sino que es una figura totalmente diferente a ello. Es un mecanismo de acceso libre y voluntario para que las partes en conflicto busquen y lleguen a acuerdos que construyan sociedad, que resuelvan integralmente sus problemas con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

Es importante precisar que la Ley 23 de 1991 consagraba que si las partes querían acudir voluntariamente a la conciliación, antes de acudir al aparato judicial, lo podían hacer; no era obligatorio. El primer intento del legislador por hacer exigible la conciliación prejudicial fue en materia laboral, pero ello no se concretó por la falta de infraestructura física, y de recurso humano suficiente en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para darle aplicación a esta exigencia, toda vez que la norma ibídem consagraba en su artículo 46 que dejaba condicionada su aplicación a la adecuación que se hiciera en esa dependencia del Ejecutivo; entonces, como no hubo adecuación ni en infraestructura ni en personal, la conciliación prejudicial en materia laboral nunca tuvo aplicación práctica durante su vigencia.

Ante esa situación, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-160 de 1999 sacó del ordenamiento jurídico la conciliación como requisito de procedibilidad, con los siguientes argumentos: (i) el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no contaba con la capacidad suficiente para atender en forma oportuna las solicitudes de conciliación; (ii) los centros de conciliación privados eran escasos, no contaban con la cobertura suficiente para satisfacer los requerimientos de la comunidad, pues su cobertura solo se reducía a las ciudades capitales; (iii) no se determinaron los asuntos susceptibles de ser conciliados; (iv) no se definió si el agotamiento de la vía gubernativa y la conciliación eran excluyentes o cumplían el mismo objetivo; (v) no se definió si la conciliación interrumpía o no la prescripción; y (vi) no se indicó en la norma un término prudencial dentro del cual debía realizarse la conciliación. Concluye, de una manera muy general el alto tribunal, que para el cumplimiento de esta exigencia procesal, no existían los medios materiales y personales suficientes, ni fueron delimitados los asuntos susceptibles de ser conciliados.

Posteriormente, con la Ley 446 de 1998 la intención del legislador de introducir la conciliación como requisito de procedibilidad se volvió a hacer patente, pero ya no solo respecto de la legislación laboral por la Constitución –artículo 68–, sino que fue extendida a los asuntos susceptibles de conciliar en familia –artículo 88–, lo que llevó a que ese querer del legislador fuera objeto de reiteradas demandas de inconstitucionalidad frente a las cuales la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-247 de 1999 donde declaró exequible el requisito

de procedibilidad en familia, con el argumento de que la norma cumplía con el requisito de tener los medios materiales y personales suficientes para atender las peticiones de conciliación, pues es evidente que en todos, o en casi todos los municipios del país, existe un juzgado, que adquiere competencia cuando no existen otras autoridades facultadas por la ley para conciliar. Más aún, la ley amplió el número de servidores públicos que podían hacer conciliaciones en familia, y la misma ley delimitaba los asuntos susceptibles de ser conciliados, con lo cual se garantizaba el acceso a este presupuesto procesal, con los elementos propios del debido proceso. Se resalta que el conflicto de familia presenta profundas raíces psicológicas, lo que implica que efectivamente la figura de la conciliación familiar, trabajada con conocimiento interdisciplinario, podría ser la panacea para solucionar integralmente estos conflictos, lo que conllevaría la reparación de las relaciones quebrantadas y la concienciación de las partes frente a la necesidad de la tolerancia y el respeto como condiciones que necesariamente deben estar presentes cuando se trata de asuntos como, por ejemplo, un divorcio de una pareja que tenga hijos menores de edad.

Con la entrada en vigencia de la Ley 640 de 2001 se introdujo nuevamente la conciliación como requisito de procedibilidad en materia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 adicional, y la amplió a las jurisdicciones contencioso-administrativa, familia y civil, según lo establece el artículo 35.

A pesar de haberse declarado inexequible este presupuesto procesal como requisito de procedibilidad en materia laboral, el legislador nuevamente lo introduce al ordenamiento jurídico, pero lo reduce solo a los asuntos que sean susceptibles de ser conciliados, y remplaza la conciliación prejudicial en derecho por la reclamación administrativa cuando la ley lo exija para poder acudir a la justicia ordinaria; con esto, el legislador intentó darle cumplimiento a las recomendaciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-160 de 1999; sin embargo, la norma en cuestión fue declarada, nuevamente, inexequible por medio de la sentencia C-893 de 2001, en consideración a que, de una parte, de hacerse exigible esa obligación, se estaría violando el artículo 53 de la Constitución, por cuanto se obstruiría el libre acceso a la Administración de Justicia; de otra, porque de remplazarse la reclamación administrativa por la conciliación en los asuntos que sean regulados por la ley, se haría exigible la conciliación que es lo que siempre se ha tratado de evitar, además de que la Corte considera que aún subsisten las causas establecidas en la sentencia C-160 de 1999 para sacar dicha norma del ordenamiento jurídico.

Con respecto a la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos de la jurisdicción contencioso-administrativa, civil y familia, mediante sentencia C-1195 de 2001, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del requisito

para esas ramas del derecho, con el argumento de que dicha exigencia no hace alusión al acuerdo como tal, sino que se constituye en un simple procedimiento, en el que se da la oportunidad a las partes de considerar la posibilidad (disfrazada, porque en realidad es obligatorio) de llegar a acuerdos mediante la conciliación; adicional a ello establece la misma sentencia que se constituye en una medida efectiva para descongestionar los despachos judiciales, por cuanto al intentarse la conciliación se genera una cultura autocompositiva que puede contribuir a disminuir el ánimo litigioso, aunque no se llegue a acuerdo alguno. Anuncia la Corte que la implementación de la conciliación no es un obstáculo de acceso a la justicia, sino que conduce a que exista una postergación, con un límite temporal; además, puede ser un sistema de Administración de Justicia, económico y oportuno que cumple con los principios constitucionales que les da plena vigencia a las normas que la consagran.

Se desprende de todo lo anterior que para la fecha de la implementación de las leyes que regularon la conciliación como requisito de procedibilidad existía cierta desconfianza y escepticismo por la imposición que se predicaba de dicho requisito. Además, dentro del examen de constitucionalidad que se efectuó de las normas demandadas quedó establecida, de una manera muy general, la pertinencia y procedencia de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir a la justicia ordinaria; sin embargo, en ese momento no se evidenció que lo que se estaba planteando era una traba más para acudir al aparato judicial, si se tiene en cuenta que en parte alguna se mostró el interés por promover la cultura de los acuerdos basados en los principios de la voluntad, la confidencialidad y la igualdad que caracterizan la conciliación; también advirtió la Corte que se requiere la conciliación como requisito de procedibilidad, pero ello generó confusión en consideración a que no podría aplicarse la conciliación en aquellos casos en que no era exigida por la ley como requisito de procedibilidad.

Romero (2006) lo expresa así:

> De otra parte la conciliación es requisito de procedibilidad solamente en los procesos y en los casos para los cuales el legislador lo ha consagrado de manera taxativa, esto es, no es dable aplicarla a casos no regulados, ya que en virtud de la enunciación estricta de la ley no es posible la aplicación extensiva o analógica.

La conciliación prejudicial, entonces, surge en nuestro ordenamiento jurídico como un requisito para acceder a la justicia, en lo que se refiere a los temas cubiertos por el derecho civil, familia y administrativo; ello significa que se constituye en un acto procesal básico, previo a la presentación de la demanda, sin el cual, según lo establece el artículo 36 de la Ley 640 de 2001, se niega al interesado el acceso a la Administración de Justicia.

Teniendo clara la razón de ser de la conciliación prejudicial, y su origen constitucional y legal, es importante no solamente conocer, sino precisar los propósitos de esta figura como medida previa para acceder a la justicia ordinaria; tales propósitos, establecidos por mandato constitucional y legal, son: contribuir a que exista eficacia y eficiencia en la Administración de Justicia, fortalecer la alternativa de solución pacífica de los conflictos jurídicos cualquiera sea su naturaleza, desestimular la cultura del litigio, promover la solución negociada de los conflictos y, por último, propender por una adecuada descongestión judicial. Así fue expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-1195 de 2001:

> La conciliación repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales. En efecto, visto que los particulares se ven compelidos por la ley no a conciliar, pero si a intentar una fórmula de arreglo al conflicto por fuera de los estrados judiciales, la audiencia de conciliación ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que contribuye a reducir la cultura litigiosa aún en el evento en que éstas decidan no conciliar.

A partir del conocimiento de las finalidades de este requisito prejudicial se requiere de unas reglas y conceptos claramente delimitados y definidos, que garanticen el adecuado acceso a la justicia; es que la conciliación prejudicial no puede estar supeditada a exigencias o requisitos exagerados, desproporcionados e irrazonables en su trámite procesal, o permitir que el legislador incurra en omisiones que hagan nugatorio el derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia formal. Por ello, el trámite de la conciliación prejudicial debe surgir como un mecanismo o acto procesal ágil, económico, (teniendo en cuenta que el acceso a la justicia goza del principio de gratuidad) y con la capacidad suficiente en infraestructura física y en personal idóneo para atender los requerimientos que en este sentido presenten los administrados, de tal manera que el acceso a la justicia se encuentre debidamente garantizado, como lo manda la Constitución.

Para que pueda darse la situación antes planteada se requiere, además de la normativa correspondiente, la implementación de mecanismos operativos y recursos humanos e instrumentales que viabilicen la puesta en marcha de este mecanismo.

Para entender con mayor claridad la razón de ser de la conciliación como requisito de procedibilidad previa a acudir a la justicia ordinaria, nos remitiremos al criterio establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 1999 que define de manera precisa y clara, sus principales características, las cuales son enunciadas en los siguientes términos:

a. *Es un instrumento de autocomposición* de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes. Por consiguiente, es de la esencia de la conciliación que las partes en conflicto, con la intervención del conciliador, lleguen a un acuerdo que o bien implica el reconocimiento o la aceptación por una de ellas de los posibles derechos reclamados por la otra, o la renuncia recíproca de pretensiones o intereses que se alegan por aquellas.

b. *La conciliación constituye una actividad preventiva*, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquel, que es la sentencia. En este último evento, se constituye en una causal de terminación anormal del proceso.

c. *La conciliación no tiene, en estricto sentido, el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional*, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora. El conciliador simplemente se limita a presentar fórmulas para que las partes se avengan a lograr la solución del conflicto, y a presenciar y a registrar el acuerdo a que han llegado estas; el conciliador, por consiguiente, no es parte interesada en el conflicto y asume una posición neutral.

d. *La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos*, porque: 1) ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; 2) constituye un mecanismo alternativo de Administración de Justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; 3) es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la Administración de Justicia, pues estas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces solo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones.

e. *La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados*, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico. En tal virtud, bien puede este señalar los casos en los cuales válidamente se puede restringir la facultad de conciliar. Naturalmente, no debe confundirse la institución de la conciliación, con el contrato de transacción de estirpe estrictamente privada, que se gobierna por reglas especiales.

f. *La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador* en varios aspectos, tales como: las autoridades o sujetos competentes para intervenir en la actividad de conciliación y las facultades de las cuales disponen; las clases o tipos de conciliación admisibles y los asuntos susceptibles de ser conciliados; las condiciones bajo las cuales se pueden presentar peticiones de conciliación; los trámites que deben sufrir dichas peticiones; la renuencia a intentarla y las consecuencias que se derivan de ello; la audiencia de conciliación, la formalización del acuerdo total o parcial entre las partes o la ausencia de este y la documentación de lo actuado (subrayas por fuera del texto).

Analizadas las anteriores generalidades se evidencia claramente la contradicción que existe en el ordenamiento jurídico colombiano al considerar la conciliación como un mecanismo socio-jurídico que busca la solución integral a los conflictos, pero que, a su vez, lo pone como de obligatorio cumplimiento para acceder al aparato judicial.

## 4. La conciliación en el nuevo código general del proceso

Con la implementación de la Ley 1564 de 2012, por la cual se expide el Código General del Proceso, que trae implícita la implementación de la oralidad en el trámite procesal de los asuntos de conocimiento de los jueces civiles y de familia, el procedimiento sufre un cambio sustancial, pues, adicional a que todo el trámite se surte en forma oral, solo se tienen dos audiencias: una denominada inicial, y la otra, de instrucción y juzgamiento, pero, en ninguna de sus normas se establece, como sí lo hace el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, que ha de destinarse una audiencia exclusiva para la práctica de la audiencia de conciliación, la decisión de excepciones y el saneamiento del litigio, con las consecuencias ya señaladas en caso de no asistirse a dicha audiencia o no justificar su asistencia.

A pesar de lo anterior, no puede desconocerse que el nuevo Código General de Proceso preceptúa, a lo largo de todo su contenido, el trámite de la conciliación, de la siguiente manera:

El artículo 90 que regula la admisión, inadmisión y rechazo de la demanda, en su numeral 7.º deja establecido que la ausencia de la conciliación como requisito de procedibilidad se constituye en una causal de inadmisión de la demanda, y es un defecto que debe ser subsanado en un término de cinco días, so pena de rechazo. Al respecto cabe recordar que el artículo 36 de la Ley 640 de 2001 establece que

la ausencia de este requisito de procedibilidad conduce o da lugar al rechazo de plano de la demanda. Se presenta así una contradicción entre estas dos normas, misma que se resuelve en forma implícita dando aplicación a la prevalencia de las leyes, esto es, prevalece lo normado en el Código General del Proceso y, en todo caso, se dejan al descubierto las debilidades de este planteamiento, pues al otorgarse cinco días para que realice audiencia de conciliación, además de ser un término muy corto, desconoce todo el procedimiento conciliatorio que requiere citación en debida forma a cada una de las partes en conflicto, lo que en muchos casos requeriría de un tiempo más amplio, que cinco días.

En forma expresa, la norma exime de este trámite prejudicial los asuntos procesales que corresponden a la restitución de inmueble arrendado —artículo 384—, la cancelación, reposición y reivindicación de los títulos valores —artículo 398—, y el que corresponde a los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción —artículo 613—, todos del Código General del Proceso.

Respecto de la conciliación judicial, el artículo 372 del CGP, que regula la audiencia inicial, indica que en el auto que señale la fecha y hora para la celebración de la audiencia, se citará a las partes para que concurran personalmente a rendir interrogatorio, a la audiencia de conciliación y a los demás asuntos relacionados con esta última, la cual se realiza con la presencia del apoderado, si no concurriera una de las partes, y deja prescrito que ese apoderado contará, entre otras, con la facultad de conciliar. Ahora, si a la mencionada audiencia llegaren a faltar ambas o todas las partes, en el evento en que sean más de dos, la ley consagra una grave sanción, y es que faculta al juez para que a través de un auto termine el proceso; este castigo no es propio de la inasistencia a la audiencia de conciliación, sino que es de la naturaleza misma del procedimiento oral, que se limita solo a dos audiencias.

Deja establecido el mencionado artículo que desde el inicio de la audiencia, y en cualquier etapa de la misma, el juez debe exhortar a las partes a conciliar sus diferencias proponiendo fórmulas de arreglo, sin que ello implique prejuzgamiento, y le otorga facultad para conciliar al representante legal de quien carece de capacidad, y se las quita a los curadores ad lítem.

Se hace necesario resaltar en este punto de análisis que la Ley 1564 de 2012 consagró un proceso nuevo para la insolvencia de las personas naturales no comerciantes, con el fin de acordar el pago de deudas a través de acuerdos con los acreedores, convalidar los acuerdos privados y liquidar su patrimonio, y otorga la facultad de ese procedimiento a los centros de conciliación —artículo 533 CGP— que se encuentren autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y a los notarios. A falta de ellos en el municipio del deudor, la conciliación debe realizarse en los centros de conciliación y notarías que se encuentren en el mismo circuito

judicial o círculo notarial, respectivamente, para lo cual el Gobierno capacitará a todos los conciliadores sobre el procedimiento para las personas naturales no comerciantes.

La ley establece la gratuidad de la conciliación para los procedimientos de negociación de deudas y convalidación de acuerdos, ante los centros de conciliación de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho, y ante los conciliadores públicos, y da potestad a los notarios y a los centros de conciliación privados para cobrar por las conciliaciones, previa reglamentación expedida por el Gobierno para este procedimiento específico, cobro que no puede ser un obstáculo para la realización del procedimiento, pues deja normado que las tarifas deben estar acordes con la insolvencia de las personas naturales. Establece la norma que una vez que el centro de conciliación o la notaría designen el conciliador para conocer de estos procedimientos, este debe aceptar el encargo en un término de dos días posteriores a su notificación, el cual es de obligatorio cumplimiento, so pena de ser excluido de la lista.

Dejando de lado estos procedimientos especiales, en el Código General de Proceso se reguló la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los asuntos donde sea parte una entidad pública o en aquellos en los que el Estado tenga algún interés patrimonial, con las mismas facultades de las entidades públicas vinculadas. Esta demanda debe notificarse en los términos establecidos en la ley, e indicar, adicionalmente, que en los asuntos contencioso-administrativos, en que sea solicitada la audiencia de conciliación extrajudicial, el peticionario debe acreditar la entrega de los documentos a la Agencia, con el fin de que esta resuelva sobre su intervención o no en el comité de conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.

En los procesos ejecutivos de cualquier jurisdicción no es necesario agotar el requisito de procedibilidad, ni cuando se solicitan medidas cautelares ni cuando quien demanda es una entidad pública. El artículo 306, que regula lo pertinente a la ejecución cuando la sentencia es el título ejecutivo, establece que ante el incumplimiento de lo allí ordenado, el interesado, sin necesidad de demanda, le puede solicitar al mismo juez el cumplimiento de la sentencia; este funcionario se encuentra facultado para expedir el mandamiento de pago y decretar el embargo de los bienes a que hubiere lugar. Se indica en el inciso cuarto de este mismo artículo, que todo lo previsto en él se aplicará para obtener ante el mismo juez de conocimiento el cumplimiento forzado de las obligaciones reconocidas mediante conciliación o transacción, que tengan su aprobación.

Finalmente, el artículo 620 de la Ley 1564 de 2012 modificó el parágrafo segundo del artículo primero de la Ley 640 de 2001, en cuanto que la asistencia a la audiencia

de conciliación debe ser personal, y si alguna de las partes no se encuentra en el municipio, esta podrá celebrarse con la comparecencia del apoderado de la parte que no asiste, siempre y cuando tenga la facultad o el poder para conciliar. Igualmente, el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012, que modificó el artículo 38 de la Ley 640, indica que la conciliación, como requisito de procedibilidad, debe intentarse antes de acudir a la jurisdicción civil, en los procesos declarativos, excluyendo los divisorios, los de expropiación y en los que sea obligatoria la citación a personas indeterminadas, todo ello sin perjuicio de la normativa que regula las medidas cautelares.

Visto lo anterior se derivan del Título Cuarto del Código General del Proceso varios aspectos novedosos respecto de las normas que han regulado el proceso conciliatorio. Veamos: la conciliación había sido concebida en el proceso judicial como requisito de procedibilidad, y como acto procesal obligatorio en el interior de una litis, mientras que en el Código General del Proceso se le concibe como el medio para resolver en forma directa los procedimientos allí establecidos y le da facultades al conciliador, que no habían sido reconocidas en las normas que han regulado el proceso conciliatorio, sea prejudicial o judicial; con ello, se está reviviendo, de alguna manera, lo que pretendía la reforma a la justicia, que era darles poderes jurisdiccionales a los particulares, pues si bien la norma habla de los conciliadores públicos y privados, dicho procedimiento, de acuerdo con lo normado, se encuentra dirigido a los conciliadores privados y a los notarios.

De esta forma queda claro que a través del Código General del Proceso se faculta más a los conciliadores privados que a los públicos, para resolver de manera directa conflictos propios de la jurisdicción ordinaria e, incluso, para desplazar a los jueces, cuando estos vienen conociendo de determinados asuntos, y les impone a los conciliadores obligaciones que no se ajustan al procedimiento conciliatorio, pues se les obliga a asumir funciones propias de los operadores jurídicos con pleno poder dispositivo, con lo que se desvirtúa la filosofía y la razón de ser del conciliador.

En lo que concierne al trámite conciliatorio respecto de lo que consagra el Código General del proceso con su puesta en marcha en forma progresiva, se puede concluir del nuevo estatuto, que este no le dio la importancia total ni la preponderancia que debe tener la conciliación, dados los antecedentes constitucionales y legales que de ella se tienen en nuestro ordenamiento jurídico, de crear una cultura netamente autocompositiva y, por ende, de ayudar a descongestionar la jurisdicción ordinaria, entre otros, pues habiéndose implementado el sistema oral y siendo el procedimiento conciliatorio oral, cabría preguntar: ¿por qué no darle mayor fuerza e importancia a la conciliación dentro del proceso judicial?, ¿por qué no implementar una etapa procesal propia para buscar que las partes se acerquen

y busquen fórmulas de arreglo, con la presencia del juez?, ¿por qué no capacitar en debida forma a los jueces para que oficien como verdaderos conciliadores y propendan más por el acuerdo entre las partes? Son muchos y muy profundos los vacíos que al respecto tiene el nuevo código, normativa que sí le dio mucha importancia a los conciliadores privados para realizar actividades jurisdiccionales.

En consonancia con lo anterior, el artículo 620 del mismo estatuto, que modificó el parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley 640 de 2001, consagró la obligación de asistir a la audiencia de conciliación, y otorga facultades al apoderado para comparecer a la audiencia y conciliar, aun sin la asistencia de su representado cuando este se encuentre por fuera del municipio donde se realiza la conciliación o fuera del país, lo cual ahonda más la desnaturalización que viene sufriendo el proceso conciliatorio, en tanto que siempre se había pregonado que la conciliación, por corresponder a la disposición de los derechos, era solo de las partes, no de los apoderados.

Esta nueva situación puede llevar a que las partes vean vulnerados sus derechos, y afectados sus intereses y, en esa medida, jamás podría hablarse de conciliación, porque ella surge de un acuerdo de las partes, en el que ambas consienten en afectar sus derechos o sus intereses, pero jamás que esa afectación sea ocasionada por un tercero, actuación esta última que es propia de un proceso dispositivo, no así del autocompositivo.

En conclusión, el Código General del Proceso, respecto de la conciliación, se convierte en un retroceso a lo pretendido y alcanzado en relación con el trámite, por lo que se continúa con la ambigüedad de esta figura jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano.

## 5. Propuestas para que el mecanismo alternativo de solución de conflictos “la conciliación” realmente sea un consenso entre las partes involucradas

### Eliminar la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia

Como quedó claramente justificado, la conciliación en nuestro ordenamiento jurídico se ha constituido en un obstáculo para acceder a la justicia, a pesar de su consagración constitucional como un mecanismo jurisdiccional autónomo e

independiente. En efecto, la conciliación ha sido utilizada para tratar de corregir los problemas que se presentan en la estructura de nuestro sistema judicial, pues este mecanismo se ha impuesto como requisito para acceder a la justicia ordinaria, y esa exigencia ha provocado que los sujetos inmersos en los conflictos, al verse compelidos a cumplir el requisito desistan de su intención de acudir a la justicia ordinaria, por el costo y el formalismo que se exigen de él.

La conciliación, como un mecanismo autónomo constitucional, no puede reducirse únicamente a un requisito de procedibilidad. Teniendo en cuenta su relevancia como mecanismo autocompositivo es necesario que se asuma en su real dimensión de mecanismo alternativo para la autónoma y voluntaria solución de conflictos. No es verdad que la conciliación, actualmente, sea una figura de acceso a la Administración de Justicia; por el contrario, tal y como está concebida actualmente en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 es un obstáculo porque se exige un requisito muerto por cuanto la misma norma dice que este requisito se suple cuando se haya realizado audiencia de conciliación sin que haya acuerdo o cuando no se haya celebrado por cualquier causa. Expresa el párrafo tercero, inciso final: "se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de la conciliación". Entonces, no tiene sentido solicitar la conciliación extrajudicial en derecho como requisito para acceder a la justicia, cuando ni siquiera a la justicia ordinaria le interesa que las partes se sienten a dialogar sobre su conflicto, sino que abiertamente dice que con la sola presentación de la solicitud de audiencia de conciliación se cumple con la supuesta etapa conciliatoria extrajudicial.

Por lo anterior, y como una garantía constitucional del libre acceso a la Administración de Justicia, se hace necesario que el legislador colombiano le dé otra orientación a la conciliación, y haga de esta poderosa herramienta un mecanismo realmente autocompositivo, sin ninguna exigencia, y que, además, las partes involucradas en el conflicto decidan de manera autónoma e independiente poner a disposición de un tercero llamado conciliador los conflictos existentes entre ellos, para que este, con base en su experiencia y conocimiento, busque fórmulas de arreglo que conduzcan a su adecuada solución.

Por otra parte, se anota que a pesar de su consagración constitucional, a la conciliación, como mecanismo jurisdiccional, transitorio, autónomo e independiente de la jurisdicción para administrar justicia, en la práctica y muy especialmente, en nuestro ordenamiento jurídico, no se le han concedido esas facultades de autonomía e independencia propias del espíritu del mandato constitucional; contrario a ello, ha sido puesta al servicio de las medidas de descongestión judicial, como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia ordinaria en los asuntos legal y jurisprudencialmente conciliables. Es imperativo comprender que consecuencialmente a la celebración de la conciliación se genera

la descongestión judicial, y no antes, como erróneamente lo comprenden algunos; es que la mera solicitud de una audiencia de conciliación no descongestiona los despachos judiciales como sí lo hace el hecho de evitar que las personas asistan a la rama judicial porque ya no lo necesitan, porque ya solucionaron su conflicto mediante una conciliación que lo evitó.

Es por todo lo expuesto que exigir la conciliación como requisito de procedibilidad o como presupuesto procesal para acceder a la justicia ordinaria es una clara y evidente violación del derecho fundamental al libre acceso a la Administración de Justicia, por cuanto dicho requisito se constituye en un obstáculo y en una exigencia, que a pesar de su constitucionalidad, limita desde el punto de vista económico y de celeridad, que las personas, ávidas de justicia, puedan obtenerla oportunamente. No puede existir en el ordenamiento jurídico ningún requisito que obstaculice y prevenga al ciudadano común; no se le puede compelir al cumplimiento de esta exigencia, no solo por los costos que genera el procedimiento, sino por la formalidad que de él se desprende para poder llevar a cabo la conciliación. Por ello, la conciliación como mecanismo autocompositivo debe ser voluntaria, surgir como una necesidad y un querer de las partes, para que se pueda lograr de ella el fin último: la solución de los conflictos.

Adicional al reiterado mandato constitucional, en nuestro sistema legal ha existido muy buen desarrollo legislativo y jurisprudencial respecto de de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no solo extrajudicial y prejudicialmente, sino también como mecanismo judicial al consagrársele, en este último caso, como una forma anticipada de terminación del proceso, cuando la conciliación es efectiva, en los asuntos susceptibles de ser transados.

## Crear el procedimiento conciliatorio

El conciliador, una vez formado adecuadamente y capacitado con especialidad para intervenir en la gestión del conflicto, debe tener en cuenta las fases y los pasos a seguir según las circunstancias de cada caso y, en especial, en el ámbito donde debe desarrollarse la conciliación, según se trate de un conflicto familiar, por ejemplo, en el que se ven envueltos temas económicos, legales y emocionales.

Por ello, es preciso crear un procedimiento conciliatorio que establezca la aplicación de técnicas de conciliación durante las fases del proceso de conciliación, teniendo en cuenta que en la práctica se da una fase inicial, una fase preparatoria, una fase de ejecución y, por último, una fase de seguimiento. Veamos:

*Fase inicial.* Se refiere a la sesión informativa en donde el conciliador da a conocer las características del proceso de conciliación, sus principios fundamentales, esto

es, la autonomía de la voluntad, la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la igualdad de las partes, y las ventajas y los objetivos de la conciliación, así como el papel que él desempeña como facilitador de la comunicación y el acercamiento entre las partes, además de aclarar que no se trata de un proceso resolutivo ni de imposición, porque él, como conciliador, no decide ni ejecuta. Esta sesión informativa es esencial para la aceptación posterior de la conciliación. El conciliador que informa sobre el procedimiento conciliatorio debe acoger a las partes adecuadamente y generar la confianza necesaria; esta etapa es compleja, ya que, más allá de la trasmisión de la información, el conciliador debe considerar los aspectos emocionales y clarificar dudas dentro de un contexto de conflictividad. En esta fase, en caso de que las partes manifiesten su voluntad conciliatoria, se formula la solicitud de la conciliación, en formato prediseñado según la norma de calidad 5906, en la que se establecen la fecha y lugar de solicitud, el nombre del centro de conciliación al que está dirigida, los datos personales para identificar a cada una de las partes, un breve relato de los hechos en conflicto, y las fórmulas de arreglo si las tienen. La solicitud de conciliación debe estar suscrita por los solicitantes. De común acuerdo, las partes pueden solicitar la designación del conciliador; en caso contrario, el director del Centro de Conciliación lo designa.

*Fase preparatoria.* El conciliador designado toma posesión del proceso en los casos en los que no se encuentre impedido, inhabilitado o recusado; luego, en coordinación con la secretaría del centro separa la sala de audiencias para celebrar la conciliación lo cual debe hacerse en un plazo máximo de cinco (5) días siguientes a la fecha de la solicitud; en el caso en el que se presente ánimo conciliatorio, pero se evidencien puntos neurálgicos de conflicto emocional se deberá programar apoyo interdisciplinario con conocimientos psicológicos, el cual se recibirá antes de asistir a la audiencia, con el objetivo de promover la descarga emocional de cada una de las partes antes de asistir a la cita de conciliación. En la fase preparatoria, el conciliador hará un diagnóstico del caso, en el que se presente el estudio jurídico e integral del mismo. Luego viene la elaboración de la propuesta de arreglo o plan de negocios en el que el conciliador plantea fórmulas jurídicas y no jurídicas.

*Fase de ejecución.* Se refiere propiamente a la celebración de la audiencia de conciliación, que para los asuntos de familia siempre se hará con acompañamiento interdisciplinario. Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico actual —artículo 1 de la Ley 640 de 2001— se establece el contenido del acta de conciliación, en el tema del procedimiento conciliatorio se queda corto en tanto que por ningún lado enuncia la fase inicial ni la fase de preparación para la celebración de la audiencia de conciliación integral.

*Fase de seguimiento.* Por último, tenemos una etapa de acompañamiento y rastreo a los acuerdos celebrados consistente en llamadas semestrales o citaciones para revisar el cumplimiento de lo pactado.

## Eliminar la posibilidad de que los conciliadores en equidad concilien en temas de derecho

*En asuntos de familia.* En nuestro medio, especialmente en las zonas marginales, se presenta un problema social muy grave en el que el Estado es remplazado por grupos que fundan su poder en el miedo y en el uso de las armas. Los jueces de paz, presentes en aquellas zonas donde la justicia como poder del Estado no puede hacer presencia, se pueden ver constreñidos por estos medios a adoptar decisiones aparentemente legales y ajustadas al derecho común, pero que realmente no lo son; esta situación constituye un parámetro fundamental para finiquitar la práctica de la conciliación en cabeza de los jueces de paz.

Además de la situación enunciada, el ejercicio de la profesión del conciliador exige algunas puntualidades que hacen necesaria su formación como abogados o especialistas en los asuntos que van a conciliar, lo cual no puede exigirse de los jueces de paz como conciliadores, por cuanto estos no son abogados ni tienen ninguna formación profesional que los haga competentes para hacer conciliaciones, con mayor razón, cuando ellas tienen que resolver, con base en la costumbre, los conflictos familiares puestos a su conocimiento, con el único límite de que dicha decisión no trasgreda la Constitución.

Todos estos hechos contrarían la ley, especialmente en lo que concierne a la protección especial que se pregona de la familia, por cuanto las conciliaciones realizadas por los jueces de paz no garantizan los resultados que se deben ofrecer al vínculo familiar. En consecuencia, se debe eliminar del ordenamiento jurídico la facultad dada a los jueces de paz para llevar a cabo conciliaciones en equidad, además, porque debido a la falta de preparación adecuada, es clara la debilidad que presenta el conciliador en equidad frente a las propuestas referentes a la celebración de un procedimiento conciliatorio con interdisciplinariedad.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la conciliación como mecanismo alternativo en la solución de los conflictos se constituye en la mejor herramienta autocompositiva, reconocida legalmente para estos eventos, gracias a los efectos jurídicos que se desprenden de ella, esto es, que hace tránsito a cosa juzgada y que el acuerdo presta mérito ejecutivo. Con ello se le garantiza a este mecanismo autocompositivo el principio de la seguridad jurídica y su exigibilidad frente a los acuerdos consagrados en el acta de conciliación.

Es por ello que con toda firmeza nos atrevemos a solicitar que se elimine la figura de los conciliadores en equidad por cuanto, como está establecido actualmente en el artículo 3 de la Ley 640 de 2001, no existe ninguna diferencia entre el conciliador en derecho y el conciliador en equidad, y es obvio que mínimamente

el conciliador en derecho tendrá unos conocimientos jurídicos necesarios para que el acta de conciliación elaborada en materias civil y de familia, por ejemplo, tenga en cuenta los preceptos legales para evitar una nulidad o invalidez, sobre todo por la fuerza que el acta tiene de prestar mérito ejecutivo y hacer tránsito a cosa juzgada.

### Fomentar la cultura conciliadora en los profesionales del derecho

Una de las dificultades fundamentales de la conciliación es que no se le da la importancia que merece, al ser percibida por los abogados litigantes como un obstáculo que atenta en contra de sus ingresos. Es que propender por una conciliación lleva a que no se obtengan los mismos ingresos que se podrían recibir por la presentación de la litis. Esta situación se presenta, entre otras cosas, porque en los programas de Derecho no se les brinda formación en este sentido a los futuros abogados.

La nueva visión que se pretende de la conciliación incluye toda una cultura volcada hacia la conciliación, no solo de las partes, sino de sus asesores jurídicos; para lograrlo se hace necesario que desde los orígenes de la formación de los profesionales del derecho, se motive en ellos el uso de este mecanismo autocompositivo, para que antes de impulsar a las partes a iniciar un proceso judicial, que puede tornarse largo y extenuante, indiquen e induzcan a sus clientes para que traten de solucionar el conflicto, a través del mutuo acuerdo, y con la ayuda de los centros de conciliación; esto quiere decir que los conciliadores deben cambiar los juzgados por los centros de conciliación, y tener como última alternativa la justicia heterocompositiva.

## 6. Conclusiones

No obstante que la figura de la conciliación se reconoce internacionalmente como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en Colombia, de manera equivocada, se estableció como requisito obligatorio, en algunas áreas del derecho, para acceder a la Administración de Justicia.

La conciliación en nuestro ordenamiento jurídico, adicional a constituirse por mandato constitucional en un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se ha instituido como una actividad netamente jurisdiccional.

A pesar de la importancia que puede tener en nuestro medio el hecho de administrar justicia, así sea de forma transitoria, a través de la conciliación, a este mecanismo alternativo de solución de conflictos no se le ha dado esa connotación, y se le ve más como un prerrequisito para acceder a la justicia ordinaria.

Las universidades deberían constituirse en fuentes de impulso y desarrollo de una cultura altamente encaminada hacia la conciliación, no como un prerrequisito judicial, sino como una forma efectiva para solucionar de forma integral los conflictos jurídicos.

La conciliación debe entenderse como el consenso libre de las partes a solucionar conflictos, y no como un requisito de procedibilidad.

La conciliación tenida como una forma transitoria de administrar justicia en manos de particulares requiere el establecimiento de un procedimiento que deje clara la manera como debe llevarse a cabo ese procedimiento.

Por ser una forma de administrar justicia es necesario que su ejercicio esté a cargo de un profesional capacitado, porque ella debe hacerse siempre en derecho, nunca en equidad.

## Bibliografía

Arboleda, A. (2014). La conciliación. Una mirada desde la bioética y la virtud de la prudencia. *Revista Lasallista de Investigación.* 11 (1). 192-202.

Chiovenda, Giuseppe. (2000). Curso de derecho procesal civil. *Clásicos del Derecho Procesal*. Italia: Reus.

Garcés, L. y Giraldo, C. (2013a). La virtud: la recta razón en el profesional que experimenta con animales. Civilizar. *Revista Lasallista de Investigación*. 12 (23), 181-192.

Garcés, L. y Giraldo, C. (2013b). La responsabilidad profesional y ética en la experimentación con animales: Una mirada desde la prudencia como virtud. *Revista Lasallista de Investigación*. 10 (1), 164-173.

Giacometto, A. (2014). *Jurisprudencia constitucional en materia de conciliación prejudicial obligatoria.* Recuperado de http://www.academia.edu/7204006/Jurisprudencia_constitucional_en_materia_de_conciliacion_prejudicial_obligatoria.

Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación Internacional. (2012). *Centros de Conciliación y/o Arbitraje: requisitos generales del servicio*. Bogotá: ICONTEC, 2012. (NTC 5906).

Junco, J. (2007). *La Conciliación.* Bogotá: Editorial Temis S. A.

Romero, H. (2006). *La conciliación judicial y extrajudicial*. Bogotá: Editorial Legis S. A.

Suárez, G. (2007). *Introducción al estudio de la conciliación*. Bogotá: Leyer.

Suárez, G. (2007). La persona: bioética y alteridad. *VIII Seminario Internacional Bioética y Biojurídica*. Boyacá, Colombia: UniBoyacá.

Taruffo, M. (1999). *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Italia: Doxa.

Zubiri, X. (1986). *Sobre el hombre*. Madrid: Alianza Editorial.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (1999). S*entencia C-160 de 1999*. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-196 de 1999.* Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia C-247 de 1999.* Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-1195 de 2001*. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C-893 de 2001*. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Asamblea Nacional Constituyente (1992). *Constitución Política de Colombia 1992.* Colombia: Asamblea Nacional.

## Legislación

Congreso de la República de Colombia (1998). *Ley 446 de 1998 por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1948). *Decreto 2158 de 1948. Procedimientos en los juicios del Trabajo. Código Procesal del Trabajo adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente*. Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1970). *Decreto 1400 de 1970 por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1989). *Decreto 2383 de 1989 Por el cual se crea y organiza la Jurisdicción Agraria.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (1991). *Ley 23 de 1991 Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2001). *Ley 640 de 2001 Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 2006 Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia. (2007). *Ley 1123 de 2007 Por la cual se establece el código disciplinario del abogado.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2010). *Ley 1395 de 2010 Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012 Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Congreso.

Congreso de la República de Colombia. (2012*). Decreto 1563 de 2012 por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Congreso.

Presidente de la República de Colombia. (1948). *Decreto 4133 de 1948 Por el cual se adoptan como normas legales unas disposiciones.* Bogotá.

# La verdad en tiempos de eficientismo procesal

## truth in the Cult of Procedural Efficiency

*Semillero de Derecho Procesal*[1]
*Universidad de Antioquia*
*Colombia*

## Resumen

Este trabajo pretende dar cuenta de cómo las reformas procesales están determinadas por una estructura establecida, y en el ámbito latinoamericano obedecen en mayor medida a razones económicas; el legislador colombiano, no ajeno a ello e impulsado por motivaciones como la justicia, la verdad y la eficiencia, ha sido pródigo en la expedición de normativa procesal. Sin embargo, a través del Código General del Proceso que redefine instituciones como la conducta de las

1 Autor: Semillero de Derecho Procesal integrado por los estudiantes Daniel Robledo, Camilo González, José Luis González, Santiago Montoya Vallejo, Sara Agudelo, Jorge Arango, Yeison Octavio Macías, Alejandro Gómez, Daniel Rueda, Jyleny Roldán Zapata, Felipe Villa García, Leydi Johana Giraldo, Daniela Gutiérrez Londoño, Juan Esteban Oliver, Ana Fernanda Durango, John Peter Acosta, Jonathan Zapata, Fabián Jiménez, Julián Ospina, José William Rodríguez Dumar, Daniela Giraldo, Felipe Espinosa, Jaime Mejía, David Estiven Navarro, Carmiña Cadavid; dirigido por el profesor Oscar Alberto García Arcila y los egresados Maria Isabel Uribe, Tania Carolina Rivera y Juan Felipe Vallejo. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, pregrado de Derecho. semilleroprocesaludea@gmail.com

partes, el juramento estimatorio, los medios de impugnación, la prorrogabilidad de la competencia, las pruebas extra procesales y el término para fallar, so pena de pérdida de competencia, se disminuyen las condiciones de posibilidad en la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso en pro de generar eficiencia en los mismos y tornar el aparato de justicia en una institución rentable y funcional a las exigencias del mercado, lo que se advierte luego de realizar un ejercicio analítico de contraste entre los fines declarados en la norma y la finalidad efectiva que busca realizarse al adoptar las instituciones procesales mencionadas, a la luz de los principios y las garantías procesales.

**Palabras clave:** Reformas procesales, Código General del Proceso, verdad, eficientismo y economía procesal.

## Abstract

This paper attempts to explain how procedural legal reforms are determined by an established structure that, in the Latin American case, is dictated by economical reasons. Seeking justice, truth and efficiency, Colombian Legislative has been prodigal enacting legal reforms. However, as the General Code of Procedure (*Código General del Proceso*) aimed to achieve such goals, it ended by diminishing the conditions in which the search of truth and justice is possible, in order to turn the Administration of Justice into a profitable and functional institution, according to the requirements of the market. This text arrives to such conclusion by comparing the effective ends of the analyzed institutions and those stated in their bills or legislative projects.

**Keywords**: Procedural reforms, General Code of Procedure, truth, procedural efficiency.

# Introducción

A partir de los debates generados por el proyecto de Ley 159 de 2011 en Senado y 196 de 2011 en Cámara, que culminó en el Código General Del Proceso –Ley 1564 de 2012–, en adelante CGP, se considera que el nuevo régimen procesal civil mantiene, y aún en mayor medida reproduce, la contraposición inherente entre el eficientismo procesal y la búsqueda de la verdad en el proceso. Lo anterior, porque se sostiene que en distintas figuras procesales del CGP, como lo son el juramento estimatorio, las conductas procesales, los medios de impugnación, las pruebas extraprocesales, los términos procesales, entre otros, se vislumbra la supremacía de principios que tienden a la eficiencia y a la economía procesal, dejando a un lado la búsqueda de la verdad, supuesto objetivo del proceso jurisdiccional.

Con este trabajo no se pretende abordar la discusión acerca de si existen verdades absolutas, o de si el proceso busca o refleja en alguna medida la verdad; tan sólo se plantea la contraposición existente en el CGP, al establecer un sistema oral tendiente a la obtención de la verdad por parte del juez, y al mismo tiempo, instaurar en el proceso civil figuras de eficientismo procesal, sumándole a ésto la problemática de si realmente con el CGP y con el conjunto de leyes y reformas a la administración de la justicia –como lo son por ejemplo la Ley 1285 de 2009 y la Ley 1395 de 2010– se está revistiendo el proceso civil de los postulados y fines constitucionales.

De esta forma, se analizarán distintas figuras procesales del CGP desde los debates al proyecto de ley, y su evolución hasta llegar al actual Código, mirando específicamente las finalidades que llevaron a la implementación y evolución de estas; por lo que, se plantea con respecto al Código la contraposición existente entre figuras que tiendan a la verdad y las que tienden al eficientismo procesal.

## Reformas procesales, una historia sin fin

Dentro del discurso jurídico es apacible y común entender la relación simbiótica que se encuentra entre los conceptos de crisis y reforma. De hecho, dentro de la "teoría procesal de la argumentación" (Gianformaggio, 1999) la crisis de los sistemas procesales o de la ley procesal siempre está asociada a las reformas como posible solución.

La dependencia y reciprocidad que media entre la crisis de los sistemas jurídicos y las reformas judiciales, específicamente en el derecho procesal, es un fenómeno que se puede evidenciar en la tesis de Thomas Kuhn (1986) en lo que él define como "La Estructura de las Revoluciones Científicas", en tanto a través de un

método histórico y sociológico, éste encuentra cómo la ciencia brinda un recuento de episodios a partir de los cuáles es posible obtener un ciclo de evolución en los procesos científicos establecidos por una teoría que se evidencia normal, con un paradigma determinado que da respuesta a unas situaciones y escenarios, donde las teorías científicas entran en crisis o emergencia cuando el paradigma normal no responde a ciertas realidades, y a partir de un proceso de constatación, desembocará en la utilización de otro paradigma –ahora alternativo- que intenta estabilizar y normalizar siendo la respuesta y resolución a la crisis[2].

De esta forma, es necesario contextualizar el concepto de paradigma como una “matriz conceptual” (Isern, 2005/2006, p. 16), como acuerdos a los que llega una comunidad científica, referidos a una serie de supuestos o de hipótesis metodológicas, procedimentales, conceptuales y temáticas (Kuhn, 1986, p. 269); pero de ninguna manera un dogma científico como verdad absoluta, connotación que no le asigna Kuhn, ni en las ciencias naturales, ni en las ciencias sociales, pues “para ser aceptada como paradigma, una teoría debe parecer mejor que sus competidoras; pero no necesita explicar y, en efecto, nunca lo hace, todos los hechos que se puedan confrontar con ella.” (1986, p. 44), y es por ello que en la ciencia normal, específicamente en la ciencia jurídica, se hace extenso el “abanico de respuestas, co-existiendo inclusive sub-paradigmas desmembrados del principal” (Isern, 2005/2006, p. 17).

Dentro de la doctrina procesal moderna se puede concluir que el paradigma que caracteriza y con el cual se explican los fenómenos, las instituciones y los sistemas procesales obedece a unos rasgos de racionalidad, un concepto que se entiende como un procedimiento o un método que explica a la ley, al sistema procesal, y específicamente al proceso como:

(…) una carrera de obstáculos, en la que aportar una razón significa superar un obstáculo, dar un paso adelante hacia la conclusión, reducir la serie de conclusiones argumentativamente permitidas (si, al final, podemos tener sólo una conclusión, o no, es un asunto altamente controvertible) (Gianformaggio, 1999, p. 159). Para Taruffo (2006), es claro que la leyes procesales gozan de una racionalidad,

2 En ese sentido, más allá de profundizar en éste texto por las diferencias entre el realismo científico de Karl Popper o el idealismo científico de Thomas Kuhn, se considera que este último brinda unas herramientas epistemológicas que permiten evidenciar el “problema de los cambios históricos sucedidos en los paradigmas del derecho” (Isern, 2005/2006, p. 16). En palabras de **Jorge Wagensberg:** “Popper, como buen filósofo de la ciencia, dice cómo la ciencia debe ser y por ello hay que pensar en Popper mientras se hace ciencia; Kuhn, como buen historiador de la ciencia, dice cómo la ciencia es y por ello hay que pensar en Kuhn cuando la ciencia está hecha. Popper es prescripción, Kuhn es descripción.” El País. Miércoles 20 de Febrero de 2002. Tomado de http://elpais.com/diario/2002/02/20/sociedad/1014159613_850215.html

referida en dos significados: como coherencia[3] y como funcionalidad o instrumental[4] (p. 45), y que de la misma manera el paradigma de la racionalidad afronta una "crisis que golpea a muchos sistemas procesales (…) [que] se refieren a la racionalidad como coherencia de la regulación procesal, mientras otras se refieren a su función instrumental"[5] (p. 47).

Bajo esas premisas, el paradigma de la racionalidad de las leyes procesales en clave de coherencia y funcionalidad no ha dado respuesta a las nuevas realidades jurídicas, demostrando que "las crisis son una condición previa y necesaria para el nacimiento de nuevas teorías" (Kuhn, 1986, p. 128), y es que "una vez ha alcanzado el status de paradigma, una teoría científica se declara inválida sólo cuando dispone de un candidato alternativo para que ocupe su lugar" (Kuhn, 1986, p. 128).

3 La coherencia de la ley procesal, se determina a partir de unas propiedades, como lo son "el orden, o sea la secuencia con la cual se regulan las actividades procesales y las relaciones que se dan entre normas generales y normas particulares; la unidad, que deriva del hecho de que se trate de normas que constituyen un contexto unitario con un núcleo de normas fundamentales y posiblemente pocas normas especiales (…); la completitud, que se tiene cuando la ley procesal regula todos los aspectos importantes de los mecanismos procesales de modo suficientemente detallado, dejando lo menos posible a la fantasía de los intérpretes, y la simplicidad, que existe cuando la ley regula de modo claro un procedimiento que consiste en un mecanismo relativamente sencillo." (Taruffo, 2006, p. 46).

4 De otro lado, "la ley procesal es racional en sentido instrumental si regula un procedimiento que responde de manera adecuada a los fines de la administración de justicia" en consecuencia esa racionalidad varía según los fines que se le asignan, de esta manera, puede ser "racional un proceso que se desarrolla en un tiempo razonable, que incluye reglas probatorias idóneas para conseguir decisiones de hecho verídicas, que dispone de instrumentos para la realización efectiva de los derechos, que comprende mecanismos para el control relativo a la justicia de las decisiones, etcétera." (Taruffo, 2006, p. 46).

5 En tanto a las crisis que golpean a los sistemas procesales, Taruffo manifiesta que se clasifican según el concepto de racionalidad que no se adecua a las nuevas realidades, en ese entendido, las manifestaciones de crisis que no puede explicar la racionalidad como coherencia, se manifiesta en la "escasa posibilidad de asegurar el orden y la unidad de la ley procesal. Prevalece en cambio la tendencia opuesta a la fragmentación y, en consecuencia, a la falta de orden sistemático", entre otras causas de ello, afirma Taruffo, la principal es la tendencia de crear "estatutos privilegiados para grupos particulares de personas", el segundo fenómeno que no se explica a raíz de la racionalidad como coherencia se debe a la "incompletitud de la ley procesal", que obedece al atraso del legislador procesal, respecto al "surgimiento de problemas que debe afrontar", una tercera manifestación de la crisis, es la "creciente complejidad y confusión de la ley procesal", que obedece a una legislación procesal que se reforma de manera apresurada. (Taruffo, 2006, pp. 47-48). En cuanto a las crisis de la racionalidad como funcionalidad o en palabras de Taruffo, "crisis de funcionalidad de la ley procesal", la causa principal obedece a la "crisis de efectividad de la tutela jurisdiccional, que deriva esencialmente de las tardanzas cada vez más graves de la justicia, frente a la creciente necesidad de prever soluciones rápidas y eficaces a las controversias" (p. 49), lo que además evidencia que los fines de la administración de justicia dentro de la doctrina procesal moderna obedece a los principios de eficiencia en el proceso.

En palabras de Michele Taruffo:

> […] la experiencia muestra que la dialéctica entre racionalidad y crisis de la ley procesal no se sitúa en un momento específico de la historia, y tiende en cambio a ser una especie de historia sin fin, como reflejo de las transformaciones sociales, económicas y políticas que continuamente hacen emerger nuevas necesidades de justicia (2006, p. 56).

## 2. El marco de la reforma procesal en Colombia, a propósito de la expedición del CGP

Tradicionalmente los estados latinoamericanos han sido considerados como riesgosos y volátiles en sus estructuras institucionales, desde el gobierno central hasta el más pequeño de los juzgados donde se administra justicia son tenidos como centros donde pululan el atraso, la burocracia, la inseguridad jurídica, etc. lo que ha supuesto que se mire a la organización institucional de dichos estados como parasitaria y ligada a los niveles más altos de ineficiencia en términos de funcionamiento, costos y celeridad; de la cual, el Estado colombiano en general, y la administración de justicia colombiana en particular, es una muestra bajo la cual se podría hacer una radiografía de la inviabilidad, en términos de eficiencia y funcionamiento, del modelo institucional que se encuentra extendido por gran parte del continente latinoamericano.

Entre los varios motivos se encuentra el hecho de que el sistema de administración de justicia había sido relegado a una de las posiciones más irrelevantes del andamiaje institucional del Estado desde la formulación misma que se elaboró en la teoría política; a los jueces, y por tanto a la justicia en general, le correspondía la función pasiva y de menos relevancia en los asuntos del estado, no en vano eran la boca de la ley que pronunciaba las palabras del legislador. No obstante, desde varias orillas tanto del derecho como de la economía, se le han venido asignando una importancia inusitada a los jueces y al funcionamiento de la justicia, lo que ha llevado a que en el plano normativo y económico se hayan hecho reformas tendientes a colonizar este poder en ascenso.

El interés que en los últimos años se ha puesto en los aparatos de administración de justicia, especialmente desde la década del noventa, coincide con la expansión de la economía de mercado y la globalización, pues se ha advertido que el poder judicial es de vital importancia para consolidar un marco institucional adecuado para el funcionamiento eficiente del actual modelo económico. Según se advierte,

el poder judicial está destinado a mantener y garantizar ciertas condiciones favorables y necesarias para los actores económicos, tal es el caso de la seguridad jurídica, cumplimiento de los contratos, protección de los bienes, resolución ágil y expedita de conflictos, entre otros. Lo que ha tenido como consecuencia inmediata que, a los ojos de los actores económicos globales, los sistemas jurídicos de la región sean vistos como riesgosos para el desarrollo de la economía de mercado y la inversión privada (List, 2008).

Las reformas procesales que han tenido lugar en Colombia se enmarcan dentro de un proyecto de corte general que implica la reforma a la estructura de los estados latinoamericanos, que se destaca por considerar "anticuadas" y no aptas para hacer frente a los nuevos desafíos que se presentan a las economías del continente, de ahí que "según los expertos del Banco Mundial, el desafío para estos países es confrontar la realidad actual con una nueva estrategia de desarrollo, basada en una orientación hacia el mercado y la apertura" (Simone, 2007, p. 126). En materia de administración de justicia ha significado la ola exponencial de reformas que ha vivido el continente y a la que Colombia no ha sido ajena por obvias razones, pues la reforma de los diferentes regímenes procesales, esto es administrativo, penal y civil, ha tenido lugar en la década del 2000. La inmersión del estado en la globalización, ha significado una transformación de las instituciones judiciales que acople el aparato de justicia a las exigencias que la economía de mercado macro reclama de los estados nación.

La reforma a la justicia en el país no puede ser entendida sino se da una mirada transversal del reciente proceso de globalización y transnacionalización de la economía, el derecho y la cultura a escala planetaria. No obstante lo problemático y general del término "globalización" para efectos de este trabajo, se va a entender globalización tal como la define L.M. Friedman:

> But exactly what do we mean by globalization? The core meaning of the term refers to a change in scale in site. It refers to movement, diffusion and expansion, from a local level and with local implications to levels and implications that are worldwide, or (more usually) that transcend national borders in some way… As a result of the process of diffusion, everything seems to be connected with everything else. (Friedman, 2002, pp. 23-29).

En un sentido más específico, Sousa Santos sostiene que, el proceso de globalización en lo que a democracia y derecho respecta, ha significado la manifestación del consenso de los países desarrollados sobre cuatro puntos básicos: el modelo económico neoliberal, estado débil, la democracia liberal y el modelo de rule of law (Gómez & Arenas, 2000, p. 184), pero el aspecto al que se refiere el último de los mencionados acuerdos, esto es, el rule of law, no se agota en la búsqueda y promoción de un sistema de reglas generales y de un sistema judicial confiable

capaz de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos ante los abusos del poder, sino que va más allá, inclusive pudiera decirse que esta no es la parte importante que ha aterrizado en los estados nación,  pues como lo indica David Trubek, en los programas de reforma legal y judicial hay que distinguir dos componentes fundamentales a saber; el Proyecto de Mercado y el Proyecto de Derechos Humanos, destacándose el primero, que tiene por objetivo la constitución de un sistema jurídico confiable, capaz de hacer previsibles las decisiones de los jueces y de esta forma, fomentar y garantizar desde la institucionalidad, un comercio libre (Gómez & Arenas, 2000, p. 183).

Si se repara de esta forma en la importancia que ha adquirido el aparato de justicia para el funcionamiento de las fuerzas económicas de mercado de origen transnacional dentro de los estados, se pone de manifiesto un puente que permite relacionar las reformas judiciales del continente, y específicamente de Colombia, con los procesos de economía global. Estos procesos, además de ser altamente difusos y generales y haber sido implementados en una amplia gama de países de Latinoamérica (Sousa, 2006), tienen el mérito o la característica de estar relacionados teórica y financieramente con las recetas de corte neoinstitucional prescritas por organismos financieros multilaterales, dentro de los que sobresalen el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Para el Banco Mundial, según las tesis contenidas en el libro-informe: Beyond the Washington Consensus: Institutions Matters, debido a la ampliación de las fuerzas de mercado y de los sistemas políticos democráticos, la reforma del poder judicial se transformó en una prioridad para la región, esto por cuanto los mercados necesitan de un poder judicial que pueda resolver contratos y disputas de derecho de propiedad de una manera rápida y económica en término de costos, de ahí que se haga imperante la necesidad de una reforma que contribuya satisfactoriamente al crecimiento económico de la región. Es así como el Banco Mundial expone el objetivo principal de todas las reformas: modificar la administración de justicia para que esta contribuya al desarrollo y fomento de un determinado modelo económico y político en Latinoamérica (Pacheco, 2000, p. 150).

Con la implementación de un nuevo régimen procesal civil, en un contexto de crisis institucional, especialmente crisis en la administración de justicia, surge la inquietud acerca de ¿Qué se pretendió con el Código General del Proceso? El discurso académico ha sido enfático en sostener como finalidad última de dicho Código: el conocimiento de la verdad en el proceso, muestra de ésto, fue el Congreso Colombiano de Derecho Procesal del 2012 organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en donde se le dieron como propósitos al CGP: los de “facilitar el acceso, patrocinar la oportunidad, propender por la averiguación de la verdad,

disminuir las naturales diferencias de las partes y fortalecer la inmediación y la transparencia" (Canosa S, 2012, p. 35), de manera que "es más probable que el proceso pueda ciertamente servir de método para el conocimiento de la verdad" (pp. 35-36), además, se usaron expresiones como "la oralidad aspira a la verdad" (Parra, 2012, p. 25), o "De esta manera se le da relevancia normativa al derecho a la prueba y a la búsqueda de la verdad en los procesos civiles a efecto de que las sentencias sean lo más ajustadas posibles a la realidad y con ello se haga prevalecer el derecho sustancial" (Sanabria, 2012, p.159); de forma que, si bien la búsqueda de la verdad no fue el único motivo para la implementación del CGP, si fue por lo menos –desde el punto de vista de algunos académicos–, una de las razones principales.

Todo lo contrario se evidencia en la exposición de motivos de los proyectos de Ley 159 de 2011 en Senado y 196 de 2011 en Cámara, en donde "la verdad" no ocupó ni siquiera un papel secundario, la única referencia a dicho término se hace con relación al régimen probatorio, en donde se dice que el CGP:

> (…) actualiza y armoniza el régimen probatorio para incluir en él instituciones de gran importancia para la formación del conocimiento del juez y la consecución de la verdad material, para lo cual incluye el principio de la carga dinámica de la prueba, la asignación de un mismo valor probatorio para las copias y los originales, y la simplificación y modernización de los procedimientos para la práctica de las pruebas (Senado, Gaceta 114, 2012, p. 6).

En los distintos debates –tanto en la Cámara de Representantes, como en el Senado–, se plantea la crisis del sistema judicial colombiano como razón fundamental de la implementación del CGP, haciéndose énfasis en lo relativo a la duración de los procesos y a la congestión judicial, sosteniéndose que tal como estaban siendo llevados los procesos hasta ese momento, no se alcanzaban a efectivizar los principios, derechos, deberes y demás garantías consagradas en la Constitución Política, por lo que la entrada en vigencia del CGP hace frente a la crisis del aparato judicial, y de esta forma –según nuestro órgano legislativo– se reviste el proceso de garantías constitucionales.

Con respecto a la duración de los procesos, se sostuvo en dichos debates que es excesiva la tardanza en la resolución judicial de los conflictos, evidenciándose la deficiencia del sistema de justicia para ofrecer respuesta oportuna a la demanda de los colombianos; lo anterior, lo basan en algunos estudios comparados, específicamente el Doing Business realizado por el Banco Mundial, que analiza el tiempo de respuesta de los sistemas judiciales de 183 países, y que en el 2010 clasificó a Colombia en el puesto 152, por lo que se encontraba como el 31 sistema de justicia más lento del mundo; para el 2011 Colombia ocupó el puesto 178 –una desmejora de 26 casillas– con una tardanza de 1346 días para dar respuesta al

conflicto, “lo que equivale a casi el doble del promedio latinoamericano que es 707 días” (Cámara de Representantes, Gaceta 250, 2011, p. 2); y para el 2012 en el mismo estudio, Colombia se encuentra en el puesto 177 –una mejora de tan solo una casilla– por lo que, a fin de cuentas la administración de justicia colombiana es la “séptima justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe” (Senado, Gaceta 114, 2012, p. 2).

Ahora bien, los informes del Banco Mundial no fueron los únicos tenidos en cuenta en los distintos debates en el Congreso, con relación a la duración de los procesos, también fue tenido en cuenta el Rule of Law Index 2011 realizado por el World Justice Project, el informe de Competitividad Global 2011-2012 del Foro Económico Mundial y el informe Imperio de la Ley publicado por el International Property Rights Index, en los cuales los peores indicadores con los que fue calificada Colombia, fue por el indicador de congestión en los procesos judiciales, efectividad de la justicia civil y eficiencia del marco legal para resolver disputas; en el ámbito nacional, se tuvo en cuenta a Asobancaria, que estableció que “un proceso ejecutivo hipotecario en Colombia tarda en promedio 6.6 años en ser resuelto, habiendo casos incluso en donde la duración puede ser de hasta 10 años” (Senado Gaceta 114, 2012, p. 3); con lo cual se deja establecida la crítica situación del sistema de justicia en relación a la celeridad procesal.

Con respecto a la congestión judicial, se dijo que según las estadísticas presentadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el número de procesos al 1 de enero de 2010 eran 2`885.879, y para el 31 de diciembre del mismo año eran 2`892.262, es decir casi 7.000 procesos más; para el 2011, al 1 de enero, el número de procesos era de 2`676.791, y para el 31 de diciembre era 2`339.611, es decir –y así se plantea en el Senado (Gaceta 114, 2012, p. 3) –, que aunque hay una leve mejoría –300.000 procesos menos–, la congestión judicial sigue siendo un factor preocupante, por el número de procesos acumulados.

De forma que el CGP se implementa, según la motivación dada en el Congreso de la República, para llenar el proceso civil de figuras que tiendan a la economía, dando celeridad a los procesos, y así generar un real acceso a la justicia, ya que “no se trata solo de garantizar el acceso a la justicia sino el derecho que este acceso conlleve a la decisión judicial en un término prudencial y a través de un proceso de duración razonable (…)” (Cámara de Representantes, Gaceta 74, 2011, p. 4); de dicha argumentación se desprende que de la rapidez de la administración de justicia para resolver disputas, depende la materialización de la efectividad de los postulados constitucionales, ya que “la paz social y la convivencia ciudadana pacífica también tienen como presupuesto necesario la existencia de un aparato de justicia que garantice un mecanismo eficiente y efectivo en la solución de las controversias” (Cámara de Representantes, Gaceta 745, 2011, p. 2).

Es decir, que a la anterior problemática –crisis del aparato judicial– el Congreso de la República responde preponderantemente con la implementación de figuras que tienden a la economía procesal o por lo menos eso pareciera desde los distintos debates al CGP.

Por lo anterior, resultan paradójicas las finalidades que se le dan al CGP desde el discurso académico, específicamente dotar el proceso de figuras que garanticen las condiciones que posibiliten alcanzar la verdad de los hechos, por la notoria contraposición entre figuras que tienden a la verdad y las que tienden a la economía, puesto que si se implementan las últimas, implicaría una desmejora en las oportunidades de búsqueda de la verdad. Especialmente resulta extraño hablar de constitucionalización del proceso civil con la preponderancia de la economía procesal, ya que si bien se logrará una decisión en un término de duración más corto, ésto no implica un efectivo acceso a la justicia, porque no se genera necesariamente una sentencia más justa y acorde con los derechos sustanciales.

Así las cosas, se exponen a continuación distintas figuras del CGP, que demuestran cómo con la implementación de este nuevo régimen procesal, se disminuyen las posibilidades de conocimiento de la verdad por parte del juez.

## 3. La conducta procesal de las partes

La conducta procesal de las partes se puede observar bajo dos perspectivas: como una actuación capaz de configurar un daño antijurídico y, por ende, ser objeto de una sanción disciplinaria o como un elemento susceptible de ser valorado para efectos de la convicción judicial. Es posible advertir de antemano las numerosas dificultades que envuelve la segunda visión, tema que, justamente, ha sido foco de una profunda discusión en la doctrina, que no ha logrado aunar criterios en lo relativo a la naturaleza jurídica de la conducta procesal y los límites que debe tener su valoración judicial (Peyrano, 2005, p. 46). Al interior de esta controversia aparecen dos grandes aristas: los sectores que conciben la conducta procesal como una prueba indiciaria y las opiniones que le atribuyen la calidad de fuente de convicción capaz de ejercer influencia sobre el ánimo del juzgador (Cárdenas, 2005, pp. 65-67).

Sin ahondar en tan nutrido debate, lo cierto es que el legislador colombiano entiende que la conducta procesal de la partes podrá ser valorada por el juez como un indicio, posición que aparece constatada tanto en el Art. 249 del Código de Procedimiento Civil –en adelante CPC-, como en el 241 del CGP, ambos bajo el siguiente tenor: “El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”. Así, en principio es el juez el que puede considerar significativo

un comportamiento, siempre que "(…) de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar" (Taruffo, 2002, p. 480). Todo el proceso civil se ve permeado por esta regla, por lo cual el juez estará facultado permanentemente para determinar, a su arbitrio, qué conductas constituyen un indicio.

Ahora bien, es imperioso resaltar que dicha libertad se ve limitada por el mismo CPC, que le impone al juez la obligación de extraer un indicio a partir de determinadas conductas. Dan cuenta de ello disposiciones como: (i) el Art. 95, que establece un indicio grave para conductas como la no contestación de la demanda y la contestación ambigua, además de la realización de afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad; (ii) el Art. 101 en el numeral 2 del parágrafo 2°, que prescribe para la inasistencia injustificada de la parte a la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio, la valoración de dicha conducta como un indicio; (iii) el Art.242, que estipula una medida similar para el evento de que una parte impida o no colabore con la práctica de un dictamen pericial; y, finalmente, (iv) el Art.246 en el numeral 2 inciso 2°, cuando hay impedimento u obstrucción de la inspección judicial.

En esta ocasión el problema emerge cuando, en atención a la vorágine de reformas que ha tenido el proceso civil colombiano, el CGP termina modificando las disposiciones anteriormente señaladas, dejando de establecer indicios a partir de determinadas conductas, para, en lugar de ello, instaurar presunciones legales en relación con la certeza de los hechos.

De tal forma, aparecen en el CGP disposiciones como (i) los Arts. 96 numeral 2, y 97, que consagran que se presumirán como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, en la falta de contestación o contestación deficiente de la misma; (ii) el Art.372 numeral 4, que dispone como consecuencia de la inasistencia injustificada de una parte a la audiencia inicial, la presunción de la certeza de los hechos que se aduzcan en su contra; (iii) el Art. 233, que, si bien mantiene un indicio frente al evento de no colaboración con el perito, ahora presume la certeza de los hechos en caso de que se impida la práctica del dictamen; y, por último, (iv) el Art. 238 numeral 2 inciso 2°, que prescribe, de cara al impedimento u obstaculización de la inspección judicial, la presunción de hecho cierto siempre que la prueba no sea de oficio, caso en el cual dicha conducta será valorada como indicio.

Para dimensionar el problema que generan estas reformas en un plano epistemológico, resulta imprescindible realizar en primer lugar una distinción entre indicio y presunción. El indicio consiste en "(…) un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos" (Devis, 1981, p. 601). Ahora

bien, las presunciones funcionan de una forma diametralmente distinta, a saber: estas se presentan cuando el legislador, a partir de las máximas de la experiencia, tanto las provenientes del sentido común como de las leyes científicas, realiza un juicio con el cual presume que cada vez que ocurre un hecho determinado, con solo eso, se encuentra automáticamente probado un hecho distinto. Las presunciones se pueden diferenciar en legales y de derecho, admitiendo prueba en contrario las primeras -iuris tantum-, y siendo imposibles de falsear las segundas -iuris et de iure- (Devis, 1981, p. 694).

Aunque el legislador en el CPC precisaba que determinadas conductas debían ser consideradas como indicios -a veces graves-, al ser éste un medio de prueba como cualquier otro, siempre era el juez con su facultad de libre valoración quien en última instancia le otorgaba un valor de convicción a la conducta procesal de las partes. Ahora, si bien las presunciones que hace el legislador en el CGP a partir de la conducta de las partes admiten prueba en contrario, este giro tan radical en lo relativo a las consecuencias que tienen dichas conductas, deja al descubierto la intención manifiesta de coartar un efectivo acercamiento del juez a los hechos, afectando así, tanto la justicia como la veracidad de la decisión que se tome, tan solo para disciplinar a las partes de forma que se reduzcan sustancialmente los costos temporales del proceso.

El juzgador debe determinar cuál es la hipótesis vencedora fundando su decisión en las pruebas que se alleguen al proceso, las cuales funcionan como un instrumento epistemológico, o bien, como una forma de saber que actúa como puente entre el juez y los hechos. En este caso, mediante la regulación que hace el CGP de la conducta procesal de las partes, se impulsan decisiones basadas en meras ficciones impuestas por el legislador, privilegiándose así un desalmado eficientismo procesal en beneficio de la descongestión judicial, diezmando los esfuerzos para favorecer la búsqueda de la verdad.

## 4. Pruebas extraprocesales

La figura de las pruebas extra proceso consagrada en la reciente normatividad procesal no es totalmente novedosa en la legislación colombiana. Reiteradas reformas al CPC han introducido cambios que afectan el modo mediante el cual se ingresan las pruebas al proceso.

A la luz de la Constitución de 1991, en virtud del literal e del Art. transitorio 5, el Gobierno Nacional expide el Decreto 2651 de 1991, pretendiendo agilizar los procesos que venían represados de la Constitución anterior, trayendo consigo

modificaciones sustanciales respecto de la admisión de la prueba en el proceso, así en sus Arts. 21 y 22 habilita a las partes para que en las oportunidades probatorias de común acuerdo, alleguen " (…) informes científicos, técnicos o artísticos emitidas por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto del dictamen pericial". De igual manera, habilita al juez para agregar dicho informe al expediente y prescindir " (…) total o parcialmente del dictamen pericial en la forma en la que lo soliciten las partes al presentarlo". En el mismo sentido, se pronuncia el Decreto sobre los documentos provenientes de un tercero y que son objeto de exhibición, omitiendo la misma siempre y cuando el documento sea auténtico y haya sido aportado con la aquiescencia del tercero.

Asimismo, el CPC, antes de las modificaciones hechas por el mencionado Decreto, estipulaba que el valor probatorio de los testimonios anticipados rendidos sin citación de la contraparte dependía de su posterior ratificación, salvo en los casos en los que había acuerdo entre las partes, en los casos en que no se observara dicha exigencia el medio de prueba simplemente no sería tenido en cuenta. De lo anterior se desprende la premisa de que el acto de ratificación era la regla general en este tipo de testimonios, toda vez que su cumplimiento revestía de la garantía de la contradicción a la actuación procesal en sí misma.

Ahora bien, el CGP mantiene el canon instaurado en el mencionado Decreto, específicamente en su Art. 222 donde se predica que la ratificación de los testimonios realizados sin citación de la contraparte solo procederá cuando la parte contra quien se aduzca lo solicite.

Es claro entonces que la regla de la ratificación establecida en el CPC, es reemplazada por una posibilidad que se deja al arbitrio del contrario, circunstancia que evidencia un retroceso en materia de garantías procesales, pues deja claro que se le resta importancia al principio de contradicción, abriendo la puerta a que pruebas que no han sido contradichas y donde no se ha ejercitado el principio de la inmediación, puedan hacer parte de un proceso y tenidas en cuenta para la proyección de una posterior sentencia de fondo.

Por otra parte, el Art. 188 del CGP revive los dos primeros incisos del Art. 113 de la Ley 1395 del 2010, que trató de introducir al proceso jurisdiccional la práctica de pruebas extra proceso realizadas ante notarios y alcaldes; y que la Corte Constitucional declaró inexequible, porque pretendían ir más allá de la actividad fedataria propia del notario, para entrar en aspectos propios de la actividad jurisdiccional que corresponden al juez, toda vez que:

> […] el funcionario instructor se ve enfrentado a la adopción de decisiones no solamente de ordenación, sino que exigen valoraciones, e incluso, ejercicio de poder coercitivo, atribuciones que son propias de la potestad

> jurisdiccional, y que por ende no pueden ser trasladadas a los notarios. (Sentencia C – 863, 2012)

El paradigma del proceso como herramienta de legitimación de los fines constitucionales, se desdibuja si no se tienen en cuenta en las modificaciones de la actividad procesal, una lectura de la prueba que se compadezca de otros objetivos además de la celeridad como limitante del acceso a la justicia, máxime cuando con el objeto de alivianar cargas y abstraer del análisis probatorio al juez para que "se concentre en las tareas más complejas del proceso" (Colombia, Senado, 2012), se dejen de lado componentes del derecho fundamental a la prueba como la inmediación y la contradicción, pues en esta perspectiva, se minimiza el objetivo constitucional de buscar verdad y justicia material para priorizar la celeridad y dejar a la verdad como una mera actitud procesal.

## 5. Juramento estimatorio

El juramento estimatorio es una figura que bien puede reconducirse a los denominados juramentos de parte, medios de prueba considerados, por algún sector de la doctrina, como una "reliquia histórica que todavía sobrevive en algunos sistemas procesales" (Taruffo, 2008, p. 73). Dichos juramentos consisten en la aseveración que realiza una de las partes sobre la verdad de un determinado hecho; este medio de prueba es "vinculante en virtud de su solemnidad y de las consecuencias que suelen acompañar al hecho de jurar en falso" (p. 73).

Ahora bien, como ya se indicó, el juramento estimatorio es un subtipo del juramento de parte, el cual se "utiliza para fijar el valor de algo o su monto económico cuando no hay otros medios de prueba para demostrar tal valor" (p. 74). De esta manera, lo primero que se debe acentuar en esta disertación consiste en el supuesto, según Taruffo, bajo el cual podría hacerse uso de esta figura, esto es: en el escenario en que no hayan otros medios de prueba para establecer el valor o el monto de una determinada cosa.

Al respecto, la Ley 105 de 1931 preveía en su Art. 625[6] la institución del juramento estimatorio con alcances limitados en relación a la figura introducida con el Art.

6 ART. 625.- La declaración jurada de una parte, cuando la ley autoriza a esta para estimar, en dinero, el derecho demandado proveniente de perjuicios u otra causa, hace fe mientras esa estimación no se regule en articulación suscitada a pedimento de la otra parte en cualquier estado del juicio, antes de fallar.

206 del CGP, en cuanto era de procedencia excepcional en los eventos en que expresamente lo permitía la ley; y contaba con un término más amplio para su contradicción. Posteriormente, el Art. 211 del CPC retoma la figura haciéndole unas nimias modificaciones, pero conservando su naturaleza de juramento de parte[7]. Con la Ley 1395 del 2010 se introduce una reforma al Art. 211[8] del CPC, disposición que a la postre fue la antesala de la norma que se introdujo con el CGP.

De esta forma se ilustra cómo la figura del juramento estimatorio es una institución de vieja data en nuestro ordenamiento jurídico. En la actualidad se encuentra contenido en el ya citado Art. 206 del CGP, donde se retoma lo que se encontraba dispuesto en la legislación sobre el mismo, y además se refuerza, para contemplar sanciones procesales y pecuniarias de alto contenido; entre otras razones porque, primero, el juramento estimatorio pasa de ser una institución de naturaleza excepcional para convertirse en un requisito formal de la demanda; en segundo lugar porque establece drásticas consecuencias, siempre que se cumplan los condicionamientos que prevé la ley en caso de que este sea desestimado por la contraparte o, en su defecto, cuando no se objeta, pues la falta de impugnación se traduce en que se da por cierto el monto de los perjuicios, compensaciones, frutos o mejoras estimadas en el juramento; finalmente, el último inciso trae una sanción para la parte cuyas pretensiones sean negadas por no aparecer probados los perjuicios. Cabe mencionar que este último supuesto ha sido demandado por medio de la acción de inconstitucionalidad, lo que dio como resultado su exequibilidad condicionada mediante la sentencia C-157 del 2013, bajo el entendido de que "no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos

Si la cantidad estimada por el interesado excede en más del doble de la en que se regule, se le condena en las costas del incidente y a pagar a la otra parte el diez por ciento de la diferencia.

7 Art. 211. El Juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión. Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia.

8 En su Art. 10 se dispone que el Art. 211 del Código de Procedimiento Civil quedará así:
Art. 211. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión. Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado".

Esta figura ha sido duramente criticada porque:

> [...] como prueba legal, entra en conflicto con el principio de la libre valoración de la prueba; es un residuo de un formalismo pasado de moda y obsoleto en el derecho probatorio; es una especie de mecanismo ordálico de resolver disputas y no ofrece ninguna garantía de veracidad en las sociedades modernas y secularizadas (Taruffo, 2008, p. 74).

La naturaleza ordálica del juramento estimatorio es, en nuestros días, desigual para los enfrentados, pues otrora la consecuencia negativa que se derivaba de jurar en vano era igual de rigurosa para cualquiera de los enfrentados, pues tenía el mismo atributo en juego, su "alma". Ahora no ocurre lo mismo, en juego está una eventual sanción pecuniaria, sanción que seguramente desestimulará a quien le afecte en mayor medida, en pocas palabras, a quien menos tiene para sufragar los gastos de la pena impuesta.

Otra crítica puede hacérsele desde la consideración a la naturaleza objetiva de la sanción; sin embargo ese tipo de reparos no hacen parte del objeto de este escrito, al menos no primordialmente, por tal razón se enfocará en la valoración de la institución a la luz de las garantías procesales y la verdad en el proceso.

Una de las garantías procesales que tienen las partes es el ejercicio del derecho a la prueba[9], en este caso, delimitado a uno de sus alcances: a la posibilidad que tienen las partes de proponer libremente los medios de prueba para acreditar un determinado hecho. Esta figura menoscaba el derecho a la prueba en cuanto disuade a la parte de no hacer uso legítimo del mismo, ya que sujeta el ejercicio del derecho a una posible consecuencia económica adversa. En este sentido, cuando las partes no pueden hacer uso del derecho a la prueba por el miedo a recibir una sanción de carácter económico, se pervierte el objeto del derecho, dejando la posibilidad de tasar unos perjuicios a la parte más "valiente", que a la postre será la menos damnificada en caso de verse sancionada por encontrarse dentro del supuesto de hecho que consagra la norma.

Ahora bien, desde la perspectiva según la cual el proceso es un escenario para buscar la verdad, esta disposición no se aviene con este fin del proceso. Lo

9 "El derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso". (Picó I junoy, 1996)

anterior puede afirmarse tomando en consideración las siguientes razones: en primer lugar, si lo que se busca en el proceso es la verdad, mal sería que se condenara a una persona al pago de unos perjuicios que no se corresponden con la realidad, por la sencilla razón de no haberse objetado estos en su oportunidad.

Es en este sentido donde con mayor claridad se notan las dificultades de la figura del juramento estimatorio para adecuarse a la búsqueda de la verdad; en efecto, esta institución raya con el conocido principio de derecho probatorio de la necesidad de la prueba, porque "si toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso" (Art. 164 CGP), bajo ningún supuesto puede afirmarse que tal principio se haya aplicado si un determinado hecho fue jurado.

Es por ello que el juramento como tal no se aviene con la búsqueda de la verdad, porque el mismo no ha servido para reconstruir los hechos en el proceso, supone que así ha sido, pero tal ficción no necesariamente tiene que corresponderse con la realidad; en esa medida, la búsqueda de la verdad, una vez más, ha pasado a un segundo plano para darle cabida a la celeridad y la economía procesal. Es claro que si el juez ya no va a tener que practicar pruebas en relación con la cuantía de lo reclamado, los procesos podrían no ser tan largos y así tomarse decisiones en un tiempo "razonable", pero no por ello puede decirse que se haya construido la verdad al interior de los procesos. Más bien la verdad ha quedado relegada para dar paso a una "apariencia de verdad"; en palabras de Taruffo (2008) "(…) la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero de por sí" (p. 146).

## 6. Principio de prorrogabilidad de la competencia

El Art. 16 del CGP, da al traste con el principio absoluto de improrrogabilidad de la competencia y de la jurisdicción, el cual se erige no solo como una garantía procesal, en lo respectivo al juez natural; sino que también es una garantía probatoria, pues avala el principio de inmediación.

Si bien el Art. 13 del CPC, de manera rotunda contempla la improrrogabilidad como una precaución procesal absoluta, sí se contempla una excepción, dispuesta en el numeral 5 del Art. 144, al predicar el saneamiento de la nulidad por falta de competencia que no se alegó como excepción previa, excepto la falta de competencia funcional o cuando corresponde a otra jurisdicción, que son insaneables. Empero, bajo los lineamientos del CGP, se erige la prorrogabilidad de la competencia, y hasta de la jurisdicción, como una regla de derecho, como un principio

procesal, aquí la prorrogabilidad se predica de todos los factores, y en todo caso, los vestigios de la improrrogabilidad solo se contemplan en lo referente a la providencia proferida, que se entenderá nula y cuando el juez previamente ha declarado la falta de competencia, en cuyo caso el proceso se enviará de inmediato al juez competente.

Es evidente, que si el CGP prevé la competencia con una capacidad de prorrogarse, puede predicarse de éste cualquier propiedad, es decir, que se erige como un principio normativo, como una regla jurídica, que manifiesta X o Y fines y funciones, pero en ningún caso puede instituirse la prorrogabilidad de la competencia como una garantía procesal y mucho menos como una garantía probatoria.

El CGP, en lo referente a su Art. 16, no garantiza la existencia de órganos judiciales preestablecidos por la ley, pues aunque éste no da la posibilidad o la facultad de crear órganos judiciales ex post facto, esa contingencia, de no alegarse la falta de competencia determinará la asignación de la misma en órganos judiciales adhoc, que aunque fueron creados de manera anticipada a la determinación de los hechos, no tenían asignada esa competencia, y de hecho a pesar de que no la tienen, se presumirán válidas sus actuaciones. Lo anterior constituye una violación al principio del juez natural, pues se estaría juzgando conforme a un órgano especialmente nombrado para el caso y no exclusivamente por las normas establecidas de acuerdo, y de manera previa, con la ley.

De igual forma, la norma no garantiza que el juez reciba la prueba de una manera directa, pues al sostener que "lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente", se soslaya la importancia de la inmediación en la apreciación de la prueba, de manera que no se encuentra en la sentencia judicial concordancia entre lo actuado en juicio y la valoración de las pruebas.

## 7. Medios de impugnación

El legislador procesal, y los promotores del CGP, a la manera de Junta Central del Banco de la República o de empleados del DANE, entendieron que la economía colombiana alardeaba cifras de crecimiento, personificados en estos papeles, definieron pues el aumento de las cuantías en los procesos (Art. 25) y el justiprecio para recurrir en la casación (Arts. 338-339).

Bajo éstos supuestos es predecible entonces concluir, desde una concepción fría y desabrida, que el acceso a la justicia no se ve afectado, sin embargo sí se limita

un componente estructural de éste, ya que se cercena en cierta forma la posibilidad de la impugnación vertical.

Los actos de impugnación que se estructuran en un sistema procesal, pueden determinarse como una garantía en la medida que den la posibilidad y la legitimidad a la parte que se entiende agraviada para pedir que se revoquen o anulen los actos gravosos que fundamenta, es decir, la impugnación es una salvaguarda procesal, siempre que permita la posibilidad de nueva instancia, que no es más que la revisión de un superior funcional, con el objetivo de evitar la posibilidad de que un error de un juez genere una providencia viciada o injusta.

Si bien el CGP no determina una función de la casación como una tercera instancia, la función clásica de la misma, busca dar aplicación de la ley en la resolución de los conflictos, observando la apropiada interpretación de la ley y un correcto juicio de hecho, subsanando así los posibles yerros de instancia.

Al consagrar la mínima cuantía en 40 smlmv, y el justiprecio de la casación en 1000 smlmv, se está condenando a la jurisdicción ordinaria a conocer de asuntos que tienen una relevancia económica y no necesariamente jurídica, dejando al ciudadano de a pie privado de la posibilidad de objetar los posibles yerros. Esta alza se inscribe como un nuevo requisito para acceder a la jurisdicción, en tanto ya no se va a conocer de un gran número de negocios en segunda instancia y muchos menos van a ser recurribles en casación.

A la mejor manera de requisitos formales, los montos económicos se utilizan para depurar la justicia ordinaria, el hecho de que una multitud de procesos ya no tengan la posibilidad de ser apelados por ser de mínima cuantía, y una cantidad de negocios no superen el justiprecio para ser conocidos por la Corte Suprema de Justicia, refleja una intención eficientista del legislador procesal, optando por la descongestión judicial en detrimento de garantías procesales de los accionantes en la jurisdicción.

## 8. Términos procesales

Uno de los componentes del debido proceso, entendido en sentido amplio, gira en torno al derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, para lo cual se ha considerado necesario establecer límites temporales a las actuaciones que se desarrollen dentro de los distintos procedimientos. Tales límites, en lenguaje jurídico, son conocidos bajo el concepto de términos, el cual puede ser entendido como el "espacio de tiempo que la ley concede a determinadas personas para realizar determinados actos, después del cual, si éstos no se han realizado, no

pueden serlo ya, o no producen ningún efecto, o bien pueden producir consecuencias jurídicas, pero siempre menores que las normales". (De Piña & Castillo Larrañaga, 2007, p. 214).

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que, en materia de términos procesales, el legislador cuenta con una libertad de configuración amplia, por lo que éste puede establecerlos de forma discrecional, con el límite de que tal espacio temporal no ha de ser irrisorio, de forma que vuelva inocua la efectividad del derecho de acción o imposible el ejercicio del derecho de defensa de las partes (Sentencia C-377, 2011).

La estipulación de términos procesales se presenta como una garantía del derecho al acceso a la justicia, en tanto éstos garantizan "los principios de celeridad, eficacia, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso, en la medida en que asegura que éste se adelante sin dilaciones injustificadas" (Sentencia C-814, 2009).

Tal prescripción irradia varias disposiciones contenidas dentro del CGP[10], que prevé diversas sanciones para el incumplimiento de los términos, atendiendo a la naturaleza de la persona u órgano al que van dirigidas. Entre estas, la contenida en el Art. 121 presenta una especial dificultad a la concepción del proceso judicial como un instrumento epistemológico, ya que esta norma le impone al juez la obligación de fallar los procesos de primera instancia o instancia única en el plazo de un año y de segunda instancia en uno de 6 meses, so pena de que el juez pierda automáticamente la competencia del litigio[11].

Si bien podría pensarse que el plazo de un año resulta más que suficiente para la correcta resolución de un caso, el imponer un término tan rígido para que sea

10 Cfr. Art.39, Art.50, Art.89, entre otros.

11 Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.
Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

fallado afecta abiertamente las posibilidades de adquisición del conocimiento por parte del juez.

Lo anterior teniendo en cuenta que el CGP ha sido una ley bastante generosa en cuanto a darle poderes probatorios al juez, inclusive hasta en el momento antes del fallo, como es el caso de la prueba de oficio y de la facultad de distribuir la carga de la prueba. Así, todos estos poderes requieren para su puesta en marcha de un tiempo prudencial en el cual puedan practicarse las nuevas pruebas y que las partes puedan ejercer la suficiente contradicción y realizar alegatos. Por ende, frente al plazo de un año para fallar, los jueces probablemente tendrán que decidir entre perder competencia o usar sus poderes probatorios; sea cual fuere la decisión tomada, se afectarán gravemente los derechos de los ciudadanos a un debido proceso, a una decisión judicial basada en los hechos acaecidos y a que el caso sea fallado por el juez que tuvo inmediación respecto del material probatorio.

## 9. Conclusiones

La vigencia de la Constitución de 1991 trajo consigo un cambio estructural no sólo en la manera en cómo se concibe el derecho en nuestro país sino que además, se le adjudica al proceso jurisdiccional la exigencia de justicia material en la dinámica del Estado Social de Derecho. En este sentido, bajo la lógica del proceso jurisdiccional actual, es la prueba y lo que se desprende de ella, un elemento esencial del debido proceso, parte fundamental en la búsqueda de la verdad, y debe ser esta el objetivo sobre el cual se desarrollen las reformas respecto de la misma.

Sin embargo, otras han sido las razones por las cuales se ha transformado sucesivamente la normatividad procesal desde 1991 hasta llegar al recientemente expedido CGP. Revestida en su motivación de un marco de garantismo constitucional[12], y teniendo en cuenta los fines constitucionales mencionados, la Ley 1564 de 2012 se propone convertir al proceso en herramienta efectiva de materialización de los derechos constitucionales; sin embargo, en una suerte de jerarquización de dichos fines, la eficiencia en la administración de justicia toma un papel preponderante, y termina retomando la línea de las modificaciones procesales que alteran el debate probatorio en función de la descongestión judicial, lo que necesariamente trastorna el papel que cumple la prueba dentro del proceso.

12 Informe de Ponencia para Segundo Debate en el H. Senado de la República (Plenaria) al Proyecto de Ley No. 159 de 2011 Senado y No. 196 de 2011 Cámara "Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". Pág. 3

En este sentido, se observan figuras como el juramento estimatorio, las conductas procesales, los medios de impugnación, las pruebas extraprocesales, los términos procesales, entre otros, redefinidas en el CGP que presentan una total disonancia con algunos de los fines constitucionales del proceso, privilegiando de una manera desproporcionada el eficientismo y la economía procesal, en desmedro de garantías como la necesidad de la prueba, la contradicción, la inmediación, la doble instancia, la valoración racional de la prueba y el tiempo prudencial para la práctica de las pruebas necesarias.

## Bibliografía


Sentencia C-814 (Corte Constitucional de Colombia 2009).

Sentencia C-377 (Corte Constitucional de Colombia. 2011).

Cárdenas, H. (2005). El valor probatorio de la conducta procesal de las partes frente a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley. En J. Peyrano, & D. Acosta, *Valoración judicial de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Colombia, Cámara de Representantes . (2011). Diario Oficial La Gaceta Nº 745. Código General del Proceso, Ley Nº 1564 de 2012. Bogotá: Imprenta Nacional.

Colombia, Cámara de Representantes. (2011). Diario Oficial La Gaceta Nº 250. Código General del Proceso, Ley Nº 1564 de 2012. Bogotá: Imprenta Nacional.

Colombia, Senado. (2012). Diario Oficial La Gaceta Nº 114. Código General del Proceso, Ley Nº 1564 de 2012. Bogotá: Imprenta Nacional. .

De Piña, R., & Castillo Larrañaga, J. (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (29a ed.). México D.F, México: Editorial Porrúa.

Devis, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial. Tomo II.* Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.

Friedman, L. M. (2002). One World: notes on the emerging legal order. En M. Likosky, *Transnational legal processes*. Oxford: Lexis Nexis.

Gianformaggio, L. (1999). La Noción de Procedimiento en la Teoría de la Argumentación. *Doxa*, 159-167.

Gómez, G. I., & Arenas, L. C. (2000). En busca de justicia en los tiempos de las reformas judiciales: estudios de caso en Colombia, Perú y Venezuela. *ILSA No. 25, Diciembre*, 181-227.

Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (2012). XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre.

Isern, M. (2005/2006). La estructura de las revoluciones científicas en el Derecho. Una aproximación. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 9*, 13-41.

Kuhn, T. (1986). *La Estructura de las Revoluciones Científicas* (Primera Edición en Español, Séptima Reimpresión ed.). (A. Contín, Trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

List, C. A. (2008). *La justicia en riesgo: el banco mundial y las reformas judiciales en latinoamérica.* Obtenido de www.bibliotecaclacso.edu.ar.

Pacheco, C. C. (2000). Directrices del Banco Mundial para la reforma judicial de América Latina. *El Otro Derecho, No. 25 diciembre*, 137-180.

Peyrano, M. (2005). La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal. Su verdadera naturaleza jurídica. En J. Peyrano, & D. Acosta, *Valoración judicial de la conducta procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Simone, V. I. (2007). Costrucción y promoción de ideas en torno a la “reforma judicial”. Actores globales, proyectos de reforma para Latinoamerica y una experiencia de implementación. En D. Mato, & A. Maldonado Fermín, *Cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso.

Sousa, M. (2006). Breve panorama de la reforma judicial en America Latina: objetivos, desafío y resultados. En E. Lara, *el estado de las reformas del estado en América Latina.* Banco Interamericano de Desarrollo.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos.* (J. Ferrer Beltrán, Trad.) Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2006). Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal. En M. Taruffo, *Sobre las Fronteras. Escritos Sobre Justicia Civi.* Bogotá: Temis S.A.

Taruffo, M. (2008). *La prueba.* Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (Julio de 2008). La verdad negociada. *Revista de Derecho, XXI*(1).

|  Universidad Pontificia Bolivariana | **SU OPINIÓN** |  |
|---|---|---|

Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto.
La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía E-mail a editorial@upb.edu.co
Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.



Esta publicación es el resultado del asocio entre distintas universidades que conforman la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal. La primera versión de esta alianza cuenta con distintos trabajos académicos referidos al problema de la verdad en el proceso judicial, los cuales fueron presentados en el *I Seminario Internacional de Derecho Procesal: Dilemas sobre la Verdad en el Proceso Judicial*, el cual se realizó durante los días 16 y 17 del 2014 en el Aula Magna de la Universidad Pontificia Bolivariana. Esta versión cuenta con la participación de reconocidos docentes e investigadores nacionales y extranjeros: Susan Haack (Universidad de Miami-Estados Unidos), Linda S. Mullenix (Universidad de Texas-Estados Unidos), Michele Taruffo (Università di Pavia-Italia), Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario-Argentina), Juan Igartua Salaverria, (Universidad del País Vasco-España), Alejandro Abal Oliú (Universidad de la República y del Centro Latinoamericano de Economía Humana-Uruguay), Gabriel Jaime Salazar (Universidad Pontificia Bolivariana & Universidad Autónoma Latinoamericana- Colombia) Ricardo Molina López, Luis Felipe Vivares (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia), Luis Bernardo Ruiz, Yeison Manco y Semillero de Derecho Procesal (Universidad de Antioquia-Colombia), Adriana Patricia Arboleda (Corporación Universitaria Lasallista-Colombia).

ISBN: 978-958-764-208- 7



